Digitized by Google

I. rom. m.
526 b
1530.
Weber

Freunde d
ersetzt wur
sen noch u
dilatorische
gefallen zu

Dr. W. H. Puchta.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Systematische

Entwickelung der Lehre

von der

natürlichen Verbindlichkeit

und deren

gerichtlichen Wirkung.

Mit einer

vorläufigen Berichtigung der gewöhnlichen Theorie der Verbindlichkeit überhaupt.

Von

D. Adolph Dieterich Weber

der Rechtsgelahrtheit ordentlichem öffentlichen Lehrer zu Rostock.

Dritte durchgesehene und verbesserte Ausgabe.

Schwerin und Wismar

in der Bödnerschen Buchhandlung.

1800.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Vorrede
der ersten Ausgabe *).

Ist je eine Materie durch unrichtige Erklärung des Römischen Rechts, noch mehr aber durch unschickliche Anwendung desselben auf unsere Rechtsgeschäfte entstellt worden, so ist es gewiß die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, und deren gerichtlichen Wirkung. In den Compendien wird sie gewöhnlich nur obenhin so vorgetragen, daß unglaublich vieles ganz unbestimmt und schwankend zurück bleibt. Man ist noch nicht ganz darüber einverstanden, ob aus alleinigen natürlichen Rechten und Verbindlichkeiten eine gerichtliche Klage zulässig sei? — Man vermischt die Fälle, wo das Civilrecht eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung verboten hat, mit denen, wo bloß der gerichtliche Effect entweder ganz oder zum

*) Diese Vorrede der ersten Ausgabe bezieht sich auf eine damals besonders abgedruckte Ankündigung. Aus dieser ist jetzt der Kürze wegen das Nöthige in der Vorrede selbst mit angeführt worden.

Theil versagt worden ist. Bei verschiedenen Materien, wo auf richtige Grundsätze von Einschränkung der gerichtlichen Wirkung natürlicher Verbindlichkeiten alles ankömmt, z. B. bei der Verjährung, wird daran gar nicht gedacht. — In der Lehre vom Pfandrechte wird zwar der Satz, daß auch wegen natürlicher Verbindlichkeiten eine Verpfändung gültig geschehen könne, hingeworfen; sucht man aber eine bestimmte, ins Detail gehende Aufklärung, in wie fern die Verpfändung in dergleichen Fällen wirksam sei, und ob z. B. da, wo die Hauptschuld nicht ausgeklagt werden kann, die hypothekarische Klage zulässig sei? so wird man schwerlich etwas zutreffendes finden. Kurz, diese ganze Lehre hat ungemein viele Lücken, und eine vollständige Bearbeitung derselben dürfte der Cultur unserer Wissenschaft sehr beförderlich sein. Ich habe den Versuch gemacht, diesen Abgang zu ergänzen, und in dieser Schrift nicht nur eine vollständige Theorie von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung überhaupt zu liefern, sondern auch die Fälle, wo der Effect natürlicher Verbindlichkeiten durch bürgerliche Anordnungen eingeschränkt

schränkt ist, auf richtige und bestimmte Grundsätze zurück zu führen, imgleichen von der Wirkung der Eidesleistungen, des Pfandes und der Bürgschaft, in dieser Hinsicht ausführlich zu handeln. Soll die besondere Abhandlung einzelner Rechtsmaterien auf die Jurisprudenz im Ganzen einen glücklichen Einfluß haben, so ist es Zeit, daß man vorzüglich auch dahin Bedacht nehme, von einem Gegenstande, der sich durch alle Theile der Rechtsgelahrtheit verbreitet — von dem Entstehungsgrunde, und den verschiedenen Eintheilungen der Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, ein solches Gebäude aufzuführen, welches unserer heutigen Jurisprudenz angemessen ist. Noch sind wir mit vielen müssigen Fictionen und andern Unschicklichkeiten geplagt, wodurch Anfängern die Sache sehr erschwert, und überhaupt ein gründliches Studium gehindert wird. Man rechne mich, indem ich dieses schreibe, nicht zu der Zahl derer, welche viel Erleichterung darin finden, wenn sie diesen oder jenen Begriff in die Classe Römischer Grillen verweisen, und sodann leuatis velis darüber hinweg eilen können. — Wenn ich aber behaupte, daß eines-

theils die ächte Theorie der Römischen Juristen vom Ursprunge der Verbindlichkeit hin und wieder sehr verkannt und gemißdeutet worden, anderntheils aber dem heutigen System unserer Wissenschaft nicht mehr anpassend sei: so darf ich wol keinen Widerspruch befürchten. Hiedurch bin ich bewogen, der Abhandlung von der natürlichen Verbindlichkeit eine vorläufige Berichtigung der gewöhnlichen Theorie von den Entstehungsgründen und verschiedenen Eintheilungen der Verbindlichkeiten überhaupt vorangehen zu lassen.

Ob ich den Endzweck der gegenwärtigen Schrift erreicht habe? mögen die Kenner beurtheilen.

Bin ich einigen Lesern zu umständlich gewesen: so bitte ich zu erwägen, daß es hier darauf ankam, ein Lehrsystem, welches Jahrhunderte hindurch die angesehensten Vertheidiger gefunden hat, und noch findet, wankend zu machen.

Es geht in der gelehrten Welt in diesem Stücke grade so, als in der moralischen. Peccata, schreibt der H. Augustin**), quamvis

**) AUGUSTIN. Opp. Tom. VI. p. 227.

Digitized by Google

vis magna, *quum in consuetudinem* venerunt, aut parua, aut nulla creduntur; usque adeo, ut non solum non occultanda, verum etiam praedicanda videantur. Sic nostris temporibus multa mala ita in apartam consuetudinem venerunt, ut pro his non solum excommunicare aliquem laicum non audeamus, sed nec clericum degradare. Inusitata peccata sola exhorrescimus, usitata vero *saepe videndo* omnia tolerare, saepe tolerando nonnulla etiam facere cogimur. Eine Wahrheit, welche die Geschichte aller Zeiten bestätigt, und welche auch der Lehrer und Erzieher des undankbaren und grausamen Nero in folgenden Worten, nur nicht so derbe, als der Kirchen-Vater, vorträgt: Inter causas malorum nostrorum est, quod viuimus ad exempla, nec ratione componimur, sed consuetudine abducimur. Quodsi pauci facerent, nollemus imitari; quum plures facere coeperunt, quasi honestius sit quia frequentius, sequimur, et recti apud nos locum tenet error, ubi publicus factus est ***). Wer daher eine Lehrmeinung, eine Methode, die ihr gewisses Alter erreicht hat, und gleichsam herrschend geworden ist, anfechten will, dem kann

***) *Luc. Ann.* Seneca Epist. 123.

man ſicher mit Menken ****) vorherſagen: Nec censor accuratus tibi deerit, nec calumniator iniquus. Die Sache ſelbſt macht alſo einen etwas ausführlichen Vortrag gleichſam zur Nothwendigkeit, wenn man ſeinen Zweck nicht verfehlen, ſondern den Leſer auf ſeine Seite lenken will.

Zum Beſchluſſe wünſche ich dieſem Buche eben die günſtige Aufnahme, deren das gelehrte Publicum meine bisherigen Arbeiten gewürdigt hat, und empfehle mich dem Wolwollen des geneigten Leſers beßtens. Roſtock, den 23. Febr. 1784.

A. D. Weber, Dr.

****) In praefat. addition. ad *G. A.* Struvii iurisprud. forens. p. 1.

Vorrede
zur zweiten Ausgabe.

Die Schrift von der natürlichen Verbindlichkeit ist von gelehrten und Achtungswürdigen Männern mit einem Beifalle aufgenommen worden, der mir nicht anders, als äußerst werth sein kann, und den ich daher bei dieser zweiten Ausgabe durch Verbesserung der ersten immer mehr zu verdienen gesucht habe. Wenigstens bin ich bemühet gewesen, nicht allein durchgängig den Ausdruck mehr zu berichtigen, sondern auch in der Sache selbst das Buch theils durch nöthige Zusätze, theils aber durch Abkürzungen, welche unbeschadet der Sache geschehen konnten, noch vollkommener zu machen. Durch diese letztern ist besonders der Vortheil erreicht worden, daß jene Vermehrung des Inhalts die

Bogenzahl nicht zu sehr vergrößert hat. Mehrere angesehene Rechtslehrer haben bereits in ihren Schriften die Grundsätze angenommen, welche in diesem Buche gegen die sonst gemeine Meinung behauptet worden sind. Besonders gereicht es mir aber zum Vergnügen, meine Arbeit in Werken, die vorzüglich zum Unterrichte der Studirenden bestimmt sind, häufig zur weitern Nachlese empfohlen zu sehen. Dieß bewog mich vorzüglich, die Ordnung der Materien, und die Zahl der Paragraphen, nicht zu ändern, um die Allegationen der ersten Ausgabe für die zweite nicht ganz unbrauchbar zu machen. Nur bei den Materien, welche §. 10 — 18. vorkommen, habe ich mir eine kleine Abweichung von diesem Gesetze erlauben müssen. Wenn gleich übrigens der Gegenstand der einzelnen Paragraphen an sich mit der vorigen Ausgabe überein kommt, so wird man doch bei genauerer Vergleichung Manches jetzt anders bearbeitet, wenigstens vollständiger ausgeführt, und überhaupt keinen Paragraphen ganz ohne alle Verbesserung finden. In jenem Betrachte

darf

darf ich mich auf §§. 1. 2. 3. 8. 9. 10 bis 14. 22. 27. 30. 39. 40. 41. 45 und 46. 49. 54. 57. 58. 61. 71 und 72. besonders in den Noten, ferner auf §§. 74. 80. 81. 83. 89 a 5. 101. 117 Note 9. 124. 128. beziehen; ohne im Uebrigen der kleinern Verbesserungen und Litterarischen Zusätze weiter zu erwähnen. Um das Buch desto brauchbarer zu machen, hat der hiesige Herr Kanzlei-Advocat **Christian Wolhard Stein** die Mühe übernommen, es mit einem vollständigen Register und Verzeichnisse der erklärten Gesetze zu versehen. Wie ich den Fleiß, welchen der geschickte Verfasser auf Beides verwandt hat, mit dem verbindlichsten Dank erkenne, so darf ich auch hoffen, daß dem Leser auch diese Vermehrung der gegenwärtigen Ausgabe zum Wolgefallen gereichen werde.

Rostock, den 19ten März 1795.

Die

Die gegenwärtige Dritte Ausgabe unterscheidet sich von der vorigen durch kleine Berichtigungen des Ausdrucks und einige Zusätze, die aber doch auch zum Besten der Besitzer der vorhergehenden Ausgabe, besonders gedruckt sind. Zur bequemern Nachlese ist die Zahl der Paragraphen auf jeder Seite mit bemerkt worden. Rostock den 23sten November 1799.

Druckfehler der den Sinn entstellt.

Pag. 330. Zeile 3 von unten. Statt richtig, lese man nichtig.

Inhalt.

Vorläufige Berichtigung der Theorie von der Verbindlichkeit, und den verschiedenen Arten derselben überhaupt.

Begriff der Verbindlichkeit, §. 1. und 2. — Seite 1

Ueber die Eintheilung der Verbindlichkeiten in die gegen Gott, gegen uns selbst, und gegen andere Menschen, §. 3. — — — 8

Zweite Eintheilung der Verbindlichkeit in die natürliche, bürgerliche und vermischte, §. 4. — — 8

Dritte Eintheilung in unmittelbare und mittelbare Verbindlichkeiten, §. 5. — — — 11

Theorie der Römischen Juristen vom Ursprunge, und den Entstehungsgründen der Verbindlichkeit, §. 6. 7. — — — — 12

Ursachen, wodurch sie bewogen wurden, die Verbindlichkeiten so viel möglich auf Verträge und Verbrechen zu reduciren, §. 8. — — 14

Was es mit den Verbindlichkeiten quasi ex contractu eigentlich für eine Bewandniß gehabt hat? die gewöhnliche Erklärung ist mit vielen Schwierigkeiten verknüpft; Versuch einer genauern Entwickelung, §. 9. — — 17

Desgleichen von den sogenannten quasi delictis. Fahrlässigkeit ist nicht der unterscheidende Character derselben, §. 10. — — — 28

Um

Um einen richtigen Begriff davon zu bilden, werden die Merkmale, welche den dahin gerechneten Fällen gemein sind, angegeben, §. 11. Seite 32

Und durch genaue Beurtheilung der einzelnen Fälle selbst näher erwiesen; 1) vom Richter, der aus Versehen und Unwissenheit einem streitenden Theile zu nahe gethan, §. 12. — 33

Von der wahren Ursache, warum die Unvorsichtigkeit des Arztes nicht eben sowol, als diejenige des Richters, eine obligationem quasi ex delicto hervorgebracht, §. 13 — 18. — 38

2) Die übrigen Fälle, wo den Römischen Rechten nach eine obligatio quasi ex delicto vorhanden ist, werden gleichfalls angeführt, und endlich der Begriff dieser Art Verbindlichkeiten nach dem ächten Sinn des Römischen Rechts genau bestimmt, §. 19. 20. — — 50

Vollständige Zergliederung des Römischen Lehrbegriffs von Entstehungsart der Verbindlichkeiten überhaupt; §. 21. — — — — 55

Von der obligatione ex variis causarum figuris, §. 22. — — — — 56

Die Theorie der Römischen Rechtsgelehrten ist durch irrige Erklärungen und Zusätze der Ausleger ungemein verwirret worden, §. 23. — 61

Dahin gehört 1) der consensus fictus bei den obligationibus qu. ex contractu. §. 24. — 62

2) und 3) Die Eintheilung der Verträge in wahre und Quäsicontracte, ingleichen der Verbrechen in wahre und Quasidelicta, §. 25. und 26. — — — — 64

4) Das man zu den Verbindlichkeiten, welche quasi ex contractu, oder quasi ex delicto hergeleitet werden, weit mehrere Fälle hinzu-

gefügt

gefügt hat, als die Römischen Gesetze selbst dahin gerechnet haben, §. 27. — — Seite 72

Der Römische Lehrbegriff ist aber auch an sich nicht von wesentlichen Fehlern frei, §. 28. — — 76

Wenigstens unserm heutigen Rechts-Systeme gar nicht angemessen, §. 29. — — — 80

Abriß eines Plans, wornach die Materie von Entstehungsart der Verbindlichkeiten schicklicher abzuhandeln ist, §. 30. 31. — — 83

Nähere Erläuterung der unmittelbaren Verbindlichkeit, §. 32 — 36. — — — 87

Wie auch der mittelbaren, aus Verträgen erlaubten und unerlaubten einseitigen Handlungen, §. 37. 38. — — — — 92

Vierte Eintheilung der Verbindlichkeiten in vollkommene und unvollkommene, §. 39. 40. — 95

Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Erster Abschnitt. Kurze Prüfung der gewöhnlichen Theorie von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Vorläufige Bemerkungen vom Verhältniß, Gebrauch und Anwendung des Naturrechts in bürgerlichen Gerichten überhaupt — Gegenstand dieser Schrift — Bisherige Litteratur desselben, §. 41. — — S. 107

Abriß der gewöhnlichen Theorie, §. 42. — — 115

Von den Fehlern derselben, und zwar 1) von dem Mißbrauch der Eintheilung in vermischte und und bloß natürliche Verbindlichkeiten, §. 43. Seite 119

Die gesunde Vernunft verleugnet den Grundsatz, daß natürliche Verbindlichkeiten nur sodann in bürgerlichen Gerichten für klagbar zu achten sind, wenn sie durch Vorschrift der Gesetze zu dieser Wirkung autorisirt worden; §. 44. — — — — 123

Auch der Geist des Römischen Rechts; §. 45. 46. — 124

Auch das canonische Recht, und der heutige Gerichtsgebrauch, ja die tägliche Erfahrung, §. 47. — 134

II) Von der sogenannten obligatione naturali reprobata, siue plane destructa, §. 48. — — 137

III) Von den Liebespflichten; §. 49. — — — 140

IV) Von der sogenannten obligatione naturali haud reprobata; §. 50. — — — 144

V) Es genügt nicht, wenn die natürliche Verbindlichkeit, deren gerichtliche Wirkung nur zum Theil eingeschränkt worden ist, bloß dahin bestimmt wird, daß die Gesetze deshalb gar keine Klage, wol aber die übrigen Effecte zulassen; §. 51. — — — — 147

VI) Es ist nicht zu billigen, daß in verschiedenen Rechtsmaterien, welche unstreitig hieher gehören, die natürliche Verbindlichkeit, und deren Verhältniß in foro ciuili gar nicht untersucht, sondern gewöhnlich übergangen wird §. 52. — — — — 152

Zweiter Abschnitt. Vorbereitung zu einer vollständigen Theorie durch genaue Bestimmung des Begriffs der natürlichen Verbindlichkeit, nach allgemeinen und besondern Verhältnissen.

Natürliche Verbindlichkeit im weitesten Sinne; §. 53. — — — — Seite 155

Natürliche Verbindlichkeit im bürgerlichen Zustande; §. 54. — — — — 157

Natürliche Verbindlichkeit im strengen Verstande des Civil-Rechts; §. 55. 56. — — 168

Dritter Abschnitt. Allgemeine Regeln vom Verhältniß der natürlichen Verbindlichkeit im bürgerlichen Zustande, dem gerichtlichen Effect derselben, und mancherlei Einschränkungen des Letztern.

Ob und in wie fern das Naturrecht durch bürgerliche Gesetze eine Abänderung leiden könne? §. 57. 58. — — — Seite 177

Allgemeine Regeln von der gerichtlichen Wirkung natürlicher Verbindlichkeiten; §. 59. — — 192

Grundriß zur besondern Abhandlung der einzelnen Fälle, wo die natürliche Verbindlichkeit nach Vorschrift der bürgerlichen Gesetze entweder ganz wegfällt, oder in Gerichten nicht völlig wirksam ist; §. 60. — — — 194

Vierter Abschnitt. Von natürlich erlaubten, jedoch bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften.

Das bürgerliche Verbot einer natürlich erlaubten Handlung muß vor allen Dingen ausser Zweifel gesetzt sein, §. 61. — — Seite 196

Auf welche Gesetze hiebei Rücksicht zu nehmen? §. 62. — — — — 199

Ueber die Erklärung dieser positiven Gesetze, §. 63. 64. — — — 203

Classification der einzelnen hieher gehörenden Fälle; Erste Classe. §. 65. — — — 224

Zweite Classe. §. 66. — — — 231

Dritte Classe. §. 67. — — — 233

Von der natürlichen Verbindlichkeit in diesen Fällen überhaupt; Barbeirács Meinung. §. 68. — 239

Wird widerlegt. §. 69. — — — 245

Versuch einer richtigern Bestimmung. §. 70. — 248

Ueber die Controverse der ältern und neuern Juristen wegen der natürlichen Verbindlichkeit der Pupillen. §. 71. — — — 258

Ueber die natürliche Verbindlichkeit der Minderjährigen, in Rücksicht auf die Vorschriften des Römischen Rechts. §. 72. — — — 277

Nach teutschen Gesetzen und dem heutigen Gerichtsgebrauche. §. 73. — — — 288

Von

Von der Nichtigkeit solcher Handlungen, die gegen verbietende Gesetze unternommen worden, und ob eine gültige Entsagung der letztern Statt finde. §. 74. — — Seite 291

Ob und in wie fern dasjenige, was zur Erfüllung verbotener Rechtsgeschäfte gegeben oder bezahlt worden, wieder zurückgefordert werden könne? Zweifel gegen die Richtigkeit der gemeinen Lehre. §. 75. — — — 302

Versuch einer genauen Erörterung obiger Frage; die Zurückforderung ist der Regel nach unzulässig. §. 76. — — — 312

Ausnahmen von dieser Regel. §. 77. — — 322

Fünfter Abschnitt. Von natürlich erlaubten, auch bürgerlich nicht verbotenen Rechtsgeschäften, welche jedoch nach Vorschrift des Civilrechts den völligen gerichtlichen Effect nicht hervorbringen.

Einleitung. §. 78. — — — Seite 331

Classification der einzelnen hieher gehörenden Rechtsgeschäfte. §. 79. — — — 333

Der Regel nach steht es den Parteien frei, in ihren Privat-Angelegenheiten die Rechte und Verbindlichkeiten anders zu reguliren, als die positiven Gesetze es bestimmet haben. §. 80. — 334

Erste Classe; einzelne Fälle natürlicher Verbindlichkeiten, welche mit den bürgerlichen Bestimmungen der Privat-Geschäfte nicht übereinkommen, und darum den völligen gerichtlichen Effect nicht haben. §. 81. 82. — Seite 341

Ueber den heutigen Gebrauch dieser Römischen Gesetze. §. 83. 84. 85. — — — 349

Zweite Classe; enthaltend diejenigen Fälle, wo das Persönliche Verhältniß der Parteien überhaupt, und besonders in ihrer gegenseitigen Beziehung, eine gerichtliche Unwirksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten veranlaßt. §. 86. 87. 88. 89 a) — — — — 360

III) Einschränkung des gerichtlichen Effects natürlicher Verbindlichkeiten aus billiger Nachsicht gegen den Schuldner. §. 89 b) — — 376

Sechster Abschnitt. Erstes Kapitel. Von den Vorschriften des Civilrechts, wodurch der bisherige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit in der Folge ganz oder zum Theil wieder aufgehoben wird.

Gründe dieser bürgerlichen Anordnung. §. 90. Seite 379

Ueber die natürliche Verbindlichkeit in solchen Fällen. §. 91. 92. 93. — — — 385

Fortsetzung; vorzüglich von dem Schuldner, der durch ungerechten richterlichen Ausspruch losgesprochen worden. §. 94. — — — 406

Zwei-

Zweites Kapitel. Allgemeine Beobachtungen zu diesem und dem nächst vorhergehenden Abschnitte.

Nach welchen Gesetzen der Richter im Fall einer Collision der positiven Rechte verfahren müsse? §. 95. — — — Seite 409

Einige Bemerkungen über Erklärung und Anwendung dieser Gesetze. §. 96. — — 420

Nachtrag allgemeiner Bemerkungen über die Compensation wegen bloß natürlicher, nicht klagbarer Verbindlichkeiten. §. 97. — — 424

Siebenter Abschnitt. Von natürlichen Gewissenspflichten, oder den sogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten, welche durch positive Gesetze die Wirkung einer Zwangspflicht erhalten haben.

Einleitung. §. 98. — — Seite 429

Einzelne Fälle. §. 99. — — — 432

Nähere Bestimmung des gerichtlichen Zwangsrechts. §. 100. — — — 436

Kurze Widerlegung verschiedener Irrthümer. §. 101. 102. — — — 439

Achter Abschnitt. Vom Pfandrechte, wegen bloß natürlicher Hauptverbindlichkeiten.

Einleitung. §. 103. — — Seite 452

1) Wann die Hauptverbindlichkeit ganz fehlt oder aufhört: so fällt auch das Pfandrecht weg; 2) Ueber die vermeinten Ausnahmen von dieser Regel. §. 104. — — — 454

Von den Fällen, wo das Pfandrecht in dieser Hinsicht der Regel nach gänzlich wegfällt. §. 105. 106. — — — — 458

Ueber das Pfandrecht, wegen bloß natürlicher Verbindlichkeiten im strengen Verstande des Civilrechts. §. 107. 108. — — — 463

Ueber die Wirkung des Pfandes nach eingetretener Praeclusion. §. 109. — — 470

Imgleichen nach abgelaufener Verjährung. §. 110. 111. — — — — 475

Neunter Abschnitt. Ueber die Bürgschaft in Ansehung einer bloß natürlichen Hauptverbindlichkeit.

Einleitung. §. 112. — — Seite 482

Wenn die Hauptschuld verbietenden Gesetzen zuwider; §. 113. — — — 484

Oder nicht völlig klagbar ist. §. 114. 115. Seite 492

Ob der Bürge, welcher bezahlet hat, auf Entschädigung dringen könne? §. 116. 117. — 505

Zehnter Abschnitt. Ueber den Eid.

Einleitung. §. 118. — — Seite 516

Ueber die Wirkung des Eides bei Rechtsgeschäften, die nach Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig sind, oder doch wenigstens den völligen gerichtlichen Effect nicht haben. §. 119. 120. — — — 518

Die Vorschriften des canonischen Rechts haben zu vieler Verwickelung der Sache und zu unendlichen Streitigkeiten der Rechtsgelehrten Anlaß gegeben. §. 121. 122. — — 529

Nach welchen Grundsätzen müßte eigentlich in protestantischen Gerichten die Sache behandelt werden? §. 123. — — — 536

Eilfter Abschnitt. Ob und in wie fern Verträge und Rechtsgeschäfte, die an sich nicht völlig wirksam sind, durch das Constitutum und nachherige Genehmigung klagbar werden können?

Einleitung. §. 124. — — — Seite 543

Ent-

Entwickelung und richtige Bestimmung der Begriffe. §. 125. — — — Seite 547

Wirkung im Wege Rechtens. §. 126. 127. — 548

Zwölfter Abschnitt. Von Aufhörung der natürlichen Verbindlichkeit.

Einige Bemerkungen über die verschiedenen Arten, eine Verbindlichkeit aufzuheben, in Rücksicht auf natürliche Verbindlichkeiten im strengen Verstande des Civilrechts. §. 128. — Seite 558

Vorläu-

Vorläufige Berichtigung der Theorie von der Verbindlichkeit, und den verschiedenen Arten derselben überhaupt.

Digitized by Google

Vorläufige Berichtigung der Theorie von der Verbindlichkeit und den verschiedenen Arten derselben überhaupt.

§. 1.

Die Rechtsgelehrten geben von der Verbindlichkeit verschiedene Begriffe [1]), denen es bald an Richtigkeit, bald an gehöriger Deutlichkeit fehlt. Die gesetzliche Definition, welche der Kaiser Justinian in seinen Institutionen vorträgt: Obligatio est vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendae secundum nostrae ciuitatis iura [2]), faßt den Gegenstand nach seinem ganzen Umfang nicht in sich — [3]), und soll eigentlich nur solche Verbindlichkeiten bezeichnen, welche bürgerlich wirksam und klagbar sind. Nach der richtigen Bemerkung eines sehr competenten Urtheilers [4]) ist dieß auch dem

 strengen

1) C. F. Schott de notione obligationis, Tub. 1754. in Eiusd. Dissert. iur. natur.
2) *pr. I de obligationib. Ern.* Tenzel de definitione legali obligationis. Erf. 1757.
3) Griebner proleg. iurisprud. natur. Cap. I. Glück Erläuter. der Pandect. I. Th. §. 2.
4) Glück a. a. O.

strengen Begriffe der Obligation im Sinne des Römischen Civilrechts allerdings gemäß, und eben hieraus zu erklären, wenn von natürlichen Verbindlichkeiten, die keine Klage wirken, gesagt wird, daß sie nur uneigentlich — per abusionem — obligationes genannt würden [5]); so auch wenn es in den Gesetzen heißt, daß die sogenannten pacta nuda gar keine Verbindlichkeit, d. i. auf deren Erfüllung geklagt werden kann, sondern nur eine Exception bewirken [6]); daß derjenige nur für einen Schuldner zu achten sei, a quo inuito exigi pecunia potest [7]) u. d. m. In den Lehrbüchern des Naturrechts hieß es sonst auf gut scholastisch: Obligatio est connexio motiuorum cum actionibus. Der Begriff war dunkel, und gab zu Schwierigkeiten in den Folgen Anlaß. Denn sollen die Vorstellungen des Guten und Bösen, wodurch wir zur Handlung bestimmt werden, der Verbindlichkeit selbst Dasein und Wesen ertheilen; wie schwankend wird es um die ganze Sache aussehen, weil diese Motiven natürlich den unzähligen Veränderungen unterworfen sind, welche das besondere Verhältniß und eigene Denkungsart eines jeden Individuums mit sich bringt. Sie können zwar die Erfüllung einer schon vorhandenen Verbindlichkeit bewirken, allein was dazu antreibt, und mehr thun doch die Motiven wirklich nicht,

5) L. 16. §. 4. D. *de Fideiussorib.*
6) L. 7. §. 4. D. *de pact.*
7) L. 108. D. *de Verbor. signif.*

nicht, von dem kann ich noch nicht sagen, daß die Obligation selbst dadurch hervorgebracht werde, und ihr Wesen daraus ableite. Freilich ist jener Begriff der Verbindlichkeit die Folge gewisser von Zeit zu Zeit allgemein angenommener Grundsätze des Naturrechts, da man das sogenannte Princip der Selbstliebe, oder auch des Gemeinbesten und der Glückseligkeit der Menschlichen Gesellschaft überhaupt, als den höchsten Bestimmungsgrund freier Handlungen behauptete; obgleich das erstere bei der unleugbaren individuellen Verschiedenheit der Neigungen der Menschen keine allgemeinen, also gar keine Gesetze, am wenigsten aber für freie Handlungen gewähren kann, das Zweite aber schon darum untauglich ist, weil es sich auf einen sehr unbestimmten Gegenstand beziehet, ja in der That nicht nur für das eigentliche Naturrecht, sondern auch für Staats- und Völkerrecht zerstörend ist. Freilich kann der Fürst in solchen Grundsätzen ungemein leicht seine Rechtfertigung finden, wenn er zum gemeinen Besten von den Grundverträgen einseitig abgeht, der Staatsbürger, wenn er nach dem Glückseligkeitsprincip sich gegen die Regierung empört, jeder Stand, wenn er dem andern erworbenes Eigenthum und Rechte entziehen, jedes Volk, wenn es sich in die eignen Angelegenheiten des andern mischen will, nnd wenn man sich mit Mahomet befugt glaubt überall irrige Meinungen ausrotten, und Andere auch

wider ihren Willen zu gesundern Begriffen bekehren zu dürfen [8]). Gebauer sagt: Obligatio est inclinatio voluntatis per metum [9]). Es kann nicht fehlen, wenn man die einzelnen Verbindlichkeiten durchgehet, daß man nicht auf manche stoßen sollte, wo es offenbar lächerlich sein würde, sie eine inclinationem voluntatis per metum nennen zu wollen. Die Furcht für üble Folgen giebt freilich ein Mittel, auch denen, welche sonst vielleicht geneigt sein dürften, ihrer Obliegenheit keine Erfüllung zu geben, wie man sagt, den Willen zu machen. Allein sie ist weder ein wesentliches Merkmal der Verbindlichkeit, noch das wahre Fundament derselben, und gehört folglich gar nicht hieher, wo gefragt wird: was ist Verbindlichkeit? nicht: wodurch wird deren äußere Erfüllung gesichert?

§. 2.

Wenn wir uns unter Gesetzen überhaupt Regeln zu gedenken haben, welche unsern freien Handlungen zur Richtschnur dienen [1]), so ergiebt sich die Idee der Verbindlichkeit von selbst. Jene Regeln unseret freien Handlungen bestimmen Einmal was wir thun, oder unterlassen

8) Heydenreich System des Naturrechts I. 121. Schaumann wissenschaftliches Naturrecht §. 164. Reinhold Briefe über die Kantische Philosophie II. 86.

9) Ord. institut. Lib. I. tit. 2. §. 2. THOMASIUS Fundam. jur. nat. et gent. Lib. I. c. 4. §. 60. PRAGMAN Exercitat. 2. iurisprud. nat. §. 7.

1) Lex est recti praeceptio, prauique depulsio. CICERO de nat. deor. Lib. 2.

unterlassen **können**, mit dem Unsrigen vornehmen, von Andern fordern **dürfen** — ꝛc. ꝛc. daher **Rechte**, **Befugnisse** — iura; Zweitens, was wir thun oder unterlassen **sollen**, Andern zu leisten haben ꝛc. ꝛc. — daher **Verbindlichkeiten** — obligationes [2]); diese moralische Nothwendigkeit, etwas zu thun, oder zu unterlassen, ist also Verbindlichkeit. Nach der allgemeinen Bedeutung, worin hier das Gesetz genommen wird, und worin es sowol das natürliche, als das bürgerliche Recht in sich schließt, kann ich mit denen in keine Controverse gerathen, welche es unrichtig finden, wenn der Grund aller Verbindlichkeit auf Gesetze zurückgeführet wird [3]). Daß übrigens nur in Ansehung freier Handlungen, und solcher, die sich auf Freiheit beziehen, eine Verbindlichkeit statt findet, — daß sie keine absolute Nothwendigkeit mit sich führt, — sich auf unmögliche Dinge nicht erstrecken kann, — alles dieses sind wesentliche Folgen aus dem Begriff der Verbindlichkeit, und des Gesetzes, weil dieses nur moralischen Handlungen, das sind die sich auf Freiheit gründen, eine Richtschnur sein kann und soll.

2) Hufeland Lehrsätze des Naturrechts, § 2. Nach dieser Vorstellungsart führt auch das sogenannte **Permissiv**-gesetz keinen Widerspruch mit sich. Die Lehrer des Naturrechts streiten bekanntlich darüber. Höpfner Naturrecht §. 11.

3) von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit, pag. 17.

§. 3.

Die Lehrbücher enthalten eine Menge Eintheilungen der Verbindlichkeit, welche man größtentheils durch das Resultat folgender Fragen herausbringt: 1) Wem bin ich verbindlich? 2) In welchem Gesetz gründet sich meine Verbindlichkeit? 3) Wie ist sie daraus entstanden? 4) Welche Wirkung hat sie? — I. Die Eintheilung der Verbindlichkeiten in die gegen Gott, gegen uns selbst, und gegen andere Menschen, war zum wenigsten im Naturrechte nicht ganz Zweckmäßig, weil dieses nur die Zwangspflichten zum Gegenstande hat. Reinhard tadelte den Ausdruck: Pflichten gegen uns selbst, weil niemand sein eigner Schuldner sein kann, und verwarf übrigens die ganze Eintheilung als logisch unrichtig, da er, als eifriger Vertheidiger des Crusianischen Systems, alles Gute oder moralisch Nothwendige einer Handlung aus dem Willen Gottes, als dem ersten Princip herleitete, und die Pflichten gegen Gott als den einzigen Hauptgrund aller andern Pflichten ansah [1]).

§. 4.

II. Die Verbindlichkeit gründet sich entweder in dem Rechte

1) A. F. Reinhard Sammlung juristischer, philosophischer, und kritischer Aufsätze, siebentes Stück, p. 49 — 53; dagegen aber verdienen Garve in den Anmerkungen zu Payleys Grundsätzen der Moral und Politik, II. 485. Heydenreich System des Naturrechts, I. 127; wie auch Moses Mendelssohn Ueber religiose Macht und Judenthum, nachgesehen zu werden.

Rechte der gesunden Vernunft, in den Gesetzen, welche wie der Apostel sagt, dem Menschen ins Herz geschrieben sind, dergestalt, daß sie auch ohne Vorschrift der bürgerlichen Gesetze vorhanden sein würde — oder nicht, sondern ein positives Recht ist der Grund und die Quelle derselben. Im ersten Fall ist eine natürliche Verbindlichkeit überhaupt, im zweiten eine bürgerliche, obligatio ciuilis, vorhanden. Sehr oft wird in bürgerlichen Gesetzen wiederholt, was schon natürlichen Rechtens war. Daher die vermischte Verbindlichkeit, obligatio mixta, und die Eintheilung der Obligation überhaupt in mere naturalem, mere positiuam, et mixtam, welche zwar von einigen verworfen wird [1]), die sich aber im Ganzen, wie der Augenschein ergiebt, sehr gut vertheidigen läßt. Nur muß man sich für den Fehler sorgfältig hüten, welchen zumal die ältern Juristen häufig begingen, daß man bei Bestimmung des gerichtlichen Effects einer Verbindlichkeit, jene Eintheilung als wesentlich zum Grunde legt, wovon jedoch unten ein Mehreres. Ueberflüssig wird es hoffentlich Niemand finden, wenn in den bürgerlichen Gesetzbüchern vieles aus dem natürlichen Rechte angetroffen wird. Denn da die Menschen selbst in Ansehung des Naturrechts, nicht überall einerlei Begriffe und Meinungen hegen; da es auch hier so viele zum Theil sehr wichtige Streitfragen

1) Eichmann Erklärung des bürgerlichen Rechts, Th. I. p. 85.

giebt, daß es an Materie nicht fehlen würde, wenn Jemand für die natürliche Jurisprudenz das werden wollte, was **Cocceji** und **Walch** für das Römische Recht geworden sind; da es allemal bedenklicher ist, wenn Wol und Wehe der Staatsbürger der alleinigen, oft nicht freien, oft sehr beschränkten Einsicht des Richters überlassen ist, als wenn klare gesetzliche Vorschrift die Entscheidung bestimmt, so ist leicht zu erachten, wie wenig der Gesetzgeber seinen Endzweck erreichen würde, wenn er Nichts, als positive Anordnungen im eigentlichen Verstande, in sein Gesetzbuch aufnehmen, und nur da anfangen wollte, wo, seiner Meinung nach, das Naturrecht aufhöret [2]). Daß aber die Verbindlichkeit darum nicht aufhört, eine natürliche zu sein, weil sie im Civilrecht gleichfalls vorgeschrieben ist; — daß sie durch diese Wiederholung ihre innere Kraft und Wirkung nicht verliert, — daß folglich derjenige, dem die Unwissenheit des bürgerlichen Rechts zu Gute kommt, sich in Ansehung solcher

2) Leges enim naturales, licet ex recta sibique constante, et nunquam mutabili ratione concipiantur, haud raro tamen homines praeiudiciis corrupti erronee illas sibi fingunt: et inde si negotiis solis adhiberentur decidendis, omne fere ius a ratiocinio iudicis haud raro erroneo, interdum quoque spe commodorum non libero et recto immo praeiudiciis, odio, et fauore corrupto penderet. Hellfeld de fontibus iuris, quo illustres utuntur, §. 40. dissert. praelim. ad Struvii iurisprud. heroic. Tom. I. p. 31.

solcher Vorschriften, die schon natürlichen Rechtens sind, nicht damit entschuldigen kann [3]); daß endlich das ius positiuum qua tale sein Ansehen und Gültigkeit verlieren kann, dadurch aber alles, was aus dem Naturrechte darin aufgenommen worden ist, nicht gleichfalls unverbindlich wird [4]), — sind Wahrheiten, die keines Beweises bedürfen, von denen wir aber in der Folge oft Gebrauch zu machen, Gelegenheit haben werden.

§. 5.

III. Die Verbindlichkeit fließt aus Gesetzen entweder unmittelbar, ohne daß derjenige, dem sie obliegt, sich erst durch eine besondere Handlung solche zugezogen hätte, oder nicht, sondern sie setzt ein factum voraus, welches die gesetzliche Nothwendigkeit hervorbringt. Jenes nennt man **unmittelbare**, dieses **mittelbare** Verbindlichkeiten. Das factum obligatorium wird in den Lehrbüchern gewöhnlich auf zwei Hauptclassen zurückgeführt: Erlaubte — und unerlaubte Handlungen. Ersteres, sagt man, sind Verträge,

3) Ioh. Voet Comment. ad pandectas Lib. XXII. Tit. VI. §. I. Hellfeld iurisprud. forens. §. 1188.

4) Welchen Einfluß diese Bemerkung auf die Bestimmung des heutigen Gebrauchs des Römischen Rechts habe? ist in meinen Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Römischen Rechts. Schwerin und Wismar 1782. pag. 46. sequ. mit mehrerem gezeigt worden.

träge, letzteres Verbrechen. Daher die bekannte Regel, welche den Grund aller mittelbaren Verbindlichkeit in sich fassen soll: omnis obligatio oritur vel ex pacto vel ex delicto. Da man aber in der Folge das Unzulängliche dieser Regel sehr bald wahrnahm, so fand man kein Bedenken, die facta, welche zu keiner von beiden erwähnten Quellen gehören, durch Hülfe der Fiction bald der einen, bald der andern beizuzählen. Anstatt daß man das ganze Gebäude hätte einreissen und von vorne anfangen sollen, hielt mans gerathener, durch gänzlich regellose Anhänge es noch mehr zu verunstalten. „Wer durch erlaubte Hand„lungen, die keine Verträge sind, verbindlich wird, „bei dem fingiren die Gesetze, daß er einen Vertrag „geschlossen habe. — Und wenn aus unerlaubten „Handlungen, die jedoch keine Verbrechen sind, eine „Verbindlichkeit entstehet, so rührt dieß daher, weil „die Gesetze ein eigentlich nicht vorhandenes Verbre„chen als wirklich geschehen annehmen.“ Auf diesem Wege sind zwei Absurditäten der ersten Größe in unsere Wissenschaft eingeführt worden, der Quasicontract und das Quasidelictum.

§. 6.

Ungeprüfte Annahme der im Römischen Recht enthaltenen Lehrsätze, mit unter aber auch eine höchst unrichtige Erklärung derselben, war unstreitig die erste Veranlassung dieser seltsamen Lehre. Der Kaiser

Justi-

Justinian bestimmt in seinen Institutionen [1]) den Entstehungs-Grund der Verbindlichkeit dahin: obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Nicht gänzlich so der Jurist **Gajus** [2]): Obligationes aut ex contractu sunt, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. Noch anders aber und zwar sehr umständlich **Modestinus** [3]): Obligamur, aut *re*, aut *verbis*, aut simul utroque, aut *consensu*, aut *lege*, aut *iure honorario*, aut *necessitate*, aut ex *peccato*.

§. 7.

Daß diese Theorie des Römischen Rechts vom Ursprunge der Verbindlichkeit nicht allein beim ersten Anblick hin und wieder sehr dunkel, sondern auch in manchem Betrachte mit vielen Schwierigkeiten verknüpft sei, ist nicht zu leugnen; daß sie aber auch in der That von wesentlichen Fehlern nicht frei zu zählen, und überhaupt unserm gangbaren Rechtssysteme nicht mehr angemessen sei, hoffe ich in der Folge beweisen zu können. Die Methode, wonach man in den gewöhnlichen Lehrbüchern die Sache vorzutragen pflegt, ist darin zu tadeln, daß man zwar in Einem Betrachte [1]) sich

1) §. *ult. I. de Obligat.*
2) *L.* 1. *D. de O. et A.*
3) *L.* 52. *D. Eod.*

1) Bei der Lehre von simpeln Verträgen und Contracten.

sich von den Fesseln der Römischen Subtilitäten los gemacht, das übrige aber [2]) unter allerhand unrichtigen Zusätzen beibehalten [3]), und dadurch die Sache in noch größere Verwirrung gesetzt hat [4]). Ich glaube, daß dieser Unschicklichkeit nicht anders abzuhelfen ist, als wenn man vor allen Dingen den wahren Sinn jener Römischen Theorie hinlänglich ins Licht setzet, solche von den fehlerhaften Zusätzen der Ausleger reiniget, dann das Unanwendliche derselben in ihrem völligen Umfange darthut, und endlich die ganze Materie auf Grundsätze zurückführt, welche mit der Wahrheit, und dem heutigen Systeme der Jurisprudenz in keinem Widerspruch stehen.

§. 8.

Um die Römischen Juristen nach ihrer wahren Absicht zu beurtheilen, müssen wir vorläufig bemerken, daß sie eigentlich nur in Beziehung auf das ius in personam von der Obligation zu reden gewohnt sind; daher auch in den Titeln de obligationibus nicht sowol von Verbindlichkeiten überhaupt, nach den Begriffen,

2) Bei dem ganzen Inbegriff von Verbindlichkeiten, die weder aus Verträgen noch aus unerlaubten Handlungen, sondern, theils aus Gesetzen unmittelbar, theils aus erlaubten einseitigen Handlungen entspringen.

3) Ratio hodie cessat, nec tamen desistimus a conclusionibus iuris romani, quas ex ignorantia verarum rationum in praxin deducimus. I. H. Böhmer de actionibus. II. VIII. 53.

4) v. Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit. p. 141. seq.

griffen, die wir mit dem Ausdrucke verbinden, sondern nur von Persönlichen Rechten gegen ein gewisses Subject gehandelt wird; ob man gleich im Allgemeinen Verstande allerdings auch andern vermöge ihres Dinglichen Rechts verbunden sein kann [1]). Hiernächst ist, wie der Augenschein ergiebt, in den oben angeführten Gesetzen nur die Quelle solcher Verbindlichkeiten angegeben, welche wirklich in Gerichten eine Klage hervorbringen. Da nun diese aus Verträgen an sich nicht entstand [2]), so ist kein Wunder, daß man die Hauptsumme der bürgerlich vollkommenen Verbindlichkeit, da wo keine unerlaubte Handlung vorlag, auf Contracte reducirte. Hiezu war ein doppelter Anlaß. Einmal ist nicht zu leugnen, daß der erste grobe Begriff vom Ursprunge der Verbindlichkeiten wirklich dahin geht: Niemand ist berechtigt von mir etwas zu for-

1) Im §. 1. I. *de Act.* heißt es: Agit unusquisque aut cum eo, *qui ei obligatus est*, aut cum eo agit, *qui nullo iure ei obligatus est;* quo casu proditae actiones in rem sunt. Huber ad Inst. Tit. de obligat. verb.: Obligatio est vinculum inter duos; vinculum, quo debitor et creditor inter se coniunguntur; adeoque duabus constat partibus, iure creditoris et onere debitoris, illud *ius* ad rem vulgo dicitur, hoc specialiter obligatio. Höpfner theoret. prakt. Commentar, §. 725. Hugo Civil. Magazin I. 126; und Institut. des heutigen Röm. Rechts, §. 31. Staatswissenschaftliche und juristische Litteratur von Kretschmann und Völderndorf. April. 1795. p. 525.

2) L. 6. 7. §. 1. et 4. D. *de pactis.* L. 3. C. *de rer. permut.*

fordern, wofern ich nicht entweder ihm freiwillig dieses oder jenes selbst versprochen, oder durch unerlaubte Handlungen mich zur Entschädigung verbindlich gemacht habe. Die besondere Denkungsart der Nation kam zweitens hinzu. So hoch die Begriffe des Römischen Bürgers von seiner Freiheit waren, so unerträglich schien ihm der Gedanke, daß ein Bürger über den andern sich Rechte und Forderungen anmaßen könnte, ohne daß der letztere sich freiwillig dazu anheischig gemacht, oder ein verbietendes Gesetz übertreten hätte. Dieß gab dem ganzen Inbegriff ihrer Rechtsgeschäfte die Form, daß fast alles in Verträge eingekleidet, und der Contract gleichsam der Grundstoff aller bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten ward [3]). Selbst das gerichtliche Verfahren blieb hievon nicht ausgeschlossen [4]). Die Litiscontestation geschah durch einen feierlichen Contract, und der iudex pedaneus ward der Regel nach durch Vereinbarung der Parteien erwählt [5]). Bei einem Volke,

3) *Ant.* Schulting in notis ad Gaii Inst. Lib. 2. Tit. 9. pr. n. 4. in iurisprud. Anteiust edit. Ayrer. p. 144. Meister de in factum action. §. 6.

4) Malblanc doctrina de iureiurando, Norimb. 1781. §. 39. pag. 106.

5) Cicero pro A. Cluentio cap. 43. verb.: Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter aduersarios conuenisset.

Volke, dessen Abneigung gegen alle Oberherrschaft bis zur Ausschweifung ging, kann uns dieß alles nicht weiter befremden [6]). Desto leichter läßt es sich erklären, warum die Form der außergerichtlichen Geschäfte fast durchgängig auf Contracten beruhete, wenn gleich die Handlung an sich solches gar nicht erforderte. Daher die Testamente per aes et libram [7]), die emancipatio legitima per imaginarias venditiones et manumissiones [8]) u. d. m. Die Rechtsgelehrten handelten der Denkart des Volks gemäß, indem sie den Geschäften eine solche Einrichtung gaben, damit überall, wo es darauf ankam, daß der Bürger seines bisherigen Rechts sich entäußern, solches auf einen andern bringen, oder Jemandem verbindlich werden sollte, ein von ihm selbst geschlossener Contract den Grund dazu hergeben mußte.

§. 9.

Die Ursache, wodurch die Römischen Juristen bewogen wurden, die Form der Rechtsgeschäfte so einzukleiden, daß solche, so viel nur möglich, auf Contracten, welche freilich oft nur zum Scheine angebracht wurden, beruhen möchten, haben wir im vori-

6) Heineccius in orat. de iurisprudentia formularia, §. 13. *Burch. Christ.* de Behr dissert. de action. doli mali, Cap. 2. §. 4.

7) §. 1. *I. de testament. ordinand.* Gellius Noct. att. Lib. 15. cap. 27.

8) Gaius Lib. 1. Institut. tit. 8. Ulpianus tit. 10.

gen §. gezeigt. Nun fragt sich, was es mit den besondern Verbindlichkeiten quasi ex contractu, und quasi ex delicto eigentlich für eine Bewandniß gehabt habe? „Noch Niemand hat, wie ein gewisser „Schriftsteller sich ausdrückt, einen distinctiven Cha„racter dieser Amphibien angeben können, das heist „einen Character, welcher alle Negotien, die im Rö„mischen Gesetzbuche mit dem Nahmen der Q. C. und „Q. D. belegt werden, einschlösse, und alle übrige „Negotien, die nicht damit belegt werden, ausschlös„se [1]).“ Wahr ist es, die Begriffe, welche man in den Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts hievon antrifft, sind mit vielen Schwierigkeiten verknüpft; weil sie ihrem Umfange nach unendlich mehrere Fälle in sich fassen, als die Gesetze selbst unter diesen Rubriken aufzählen; daher ein reichhaltiger Stoff rechtlicher Streitigkeiten, indem fast jedes Compendium die Anzahl der sogenannten Quasicontracte und Q. D. verschiedentlich angiebt. Den eigentlichen Anlaß zu dieser Verwirrung glaube ich darin setzen zu können, weil 1) das Römische Gesetzbuch selbst keine bestimmte Erklärung dieser Gattungen der Verbindlichkeit liefert, sondern sich bloß begnügt, einzelne, dahin gerechnete Fälle anzuführen; diese besondern Fälle aber 2) von den Rechtsgelehrten nicht genau und vollständig genung

1) Juristische Abhandlungen und Beobacht. von Dr. Meurer, Erste Samml. Leipz. 1780. pag. 18. Not. *.

nung untersucht worden sind, um die Eigenschaften, wodurch sie eine eigene Classe von Rechtsgeschäften formiren, in das gehörige Licht zu setzen. Man hat ein Paar Merkmale, worin jene Fälle übereinkommen, hinreichend gehalten, um daraus sogleich den ganzen Begriff in seinem wahren Umfange ableiten zu können. So haben z. B. die sogenannten Q. C., welche man im Römischen Gesetzbuche antrifft, freilich das mit einander gemein, daß a) keine unerlaubte Handlung dabei vorliegt, aber auch b) kein Contract; wol aber c) ein erlaubter Vorgang, woraus nach Vorschrift der Gesetze, eine Verbindlichkeit entspringt, so auch harmoniren die sogenannten Q. D., welche nahmentlich in den Gesetzen aufgeführt sind, darin, daß sie zwar a) eine unerlaubte Handlung voraussetzen, deren sich jedoch b) derjenige, welcher dafür haften soll, nicht mit Vorsatz schuldig gemacht hat. Da man nun nicht für gut gefunden hat, tiefer in die Materie einzudringen, und sich um mehrere Merkmale zu bekümmern, so hat man es bei folgenden Begriffen bewenden lassen. Quasicontractus sunt facta honesta, quibus et ignorantes obligantur, quasi contraxissent, oder, wie die mehrsten noch hinzusetzen, ex consensu ficto, siue praesumto. — — Ferner: Quasidelicta sunt facta illicita, sola culpa, sine dolo admissa. Nimmt man diese Begriffe als richtig an: so muß man auch natürlich die Folge gelten

lassen, daß überall, wo die Verbindlichkeit aus erlaubten Vorfällen entspringt, jedoch kein Contract unter den Parteien getroffen worden, ein sogenannter Quasicontract, und überall, wo eine strafbare Handlung aus Fahrlässigkeit verübt worden, ein sogenanntes Quasidelictum vorhanden sei. Allein hiebey geräth man sichtlich mit den Gesetzen selbst sehr stark in Collision, weil solche nur eine gewisse Anzahl von Rechtsfällen zu den erwähnten Classen rechnen, welche im Gegenhalt der übrigen Fälle, die nach dem gemeinen Lehrbegriff gleichfalls dahin gehören, äußerst geringe ist [2]). Es hat freilich Rechtsgelehrte gegeben, welche nichts desto weniger außer den im Römischen Gesetzbuche wirklich genannten Fällen, keine Q. C. und Q. D. zugeben wollen [3]), jedoch in Voraussetzung jener Begriffe, welche sie ebenfalls annehmen, sehe ich keine Rettung für ihre Lehre ab. Fühlbar wird und muß es inzwischen einem jeden unbefangenen Beurtheiler sein, daß, wenn die Gesetze selbst nur fünf

2) Nach den gewöhnlichen Begriffen muß man alle und jede aus Fahrlässigkeit begangene Verbrechen zu den sogenannten quasi delictis zählen. Welch ein Umfang in Vergleich mit den wenigen Fällen, welche das Römische Gesetzbuch dahin rechnet. Mit den sogenanten Quasicontracten geht es eben so. Alles dieses wird sich unten §. 24. u. folg., wo man die vorzüglichsten Fehler der Ausleger besonders durchgehen wird, noch deutlicher ergeben.

3) I. O. WESTENBERG Diss. II. de causis obligat. cap. 3. §. 20. sequ.

fünf Fälle der Verbindlichkeiten quasi ex contractu, nur vier quasi ex delicto angeben, die Ausleger hingegen solche Anzahl bald mit diesem bald mit jenem Falle vermehren, bei welchem doch die Gesetze selbst jene Charaktere gar nicht gebrauchen, daß man, sage ich, in dieser Sache die gänzliche Gewißheit noch nicht erreicht haben müsse; und daß man folglich alle Ursache habe, gegen den gewöhnlichen Begriff mistrauisch zu werden. Läßt sich eine Idee ausfindig machen, wornach die Q. C. und Q. D. lediglich auf die gesetzliche Anzahl beschränkt bleiben: so ist solche allerdings den bisherigen Erklärungen vorzuziehen. Ich habe den Versuch gemacht, die Fälle, welche der Römische Gesetzgeber ausdrücklich angiebt, von allen Seiten sorgfältig zu prüfen, und aus allen Kriterien derselben einen Begriff zu abstrahiren, dem ich jene Eigenschaft versprechen dürfte. Ich meine, in beiden Classen der Verbindlichkeit Merkmale gefunden zu haben, welche zum Theil dem Forschen der bisherigen Ausleger ganz entgangen, zum Theil aber nicht gehörig von ihnen genutzet sind. Wir wollen mit den sogenannten Quasicontracten den Anfang machen. Bekanntlich rechnen die Römischen Gesetze folgende Rechtsfälle dahin: 1) die nützliche Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Principals; 2) die Führung einer Vormundschaft; 3) den Betrieb gemeinschaftlicher Angelegenheiten außer dem Societäts-

tätscontract, und ohne Auftrag der Mitinteressenten; 4) die Antretung der Erbschaft in Rücksicht auf die Vermächtnisse; 5) den Empfang einer Nichtschuld. Daß diese Geschäfte in folgenden Stücken mit einander übereinkommen, ergiebt der Augenschein. 1) Schon nach der natürlichen Billigkeit entspringt daraus eine vollkommene Verbindlichkeit. 2) Kein Theil hat dem andern ausdrücklich etwas versprochen. 3) Vielweniger ist durch Worte oder Handlungen eine wechselseitige Einwilligung erklärt worden. 4) Die Errichtung eines wirklichen Vertrags ist unter den angenommenen Umständen zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit nicht allein nicht erforderlich, sondern auch zum Theil nach vorausgesetzter Beschaffenheit der Handlung gar nicht möglich. Alles dieses ist freilich bekannt genug, und bereits von meinen Vorgängern in den Begriff übertragen worden. Nicht gänzlich so das folgende Kriterium. 5) Die Verbindlichkeit entspringt hier aus Verhältnissen, welche im Ganzen doch etwas Analogisches mit dem haben, was eigentlich nur Gegenstand der Verträge ist, wobei wenigstens sonst, nach besondern Grundsätzen des Civilrechts, ein wirklicher Contract erfordert wird, und sie ward daher in den genannten Fällen von den Römischen Juristen gleichsam als Ausnahme von der Regel betrachtet. Ich kann dieses am besten dadurch erläutern, wenn ich nunmehr die einzelnen Fälle selbst in

solcher Hinsicht etwas näher betrachte. Den Verwalter fremder Geschäfte, ohne Auftrag des Principals — den Vormund — und denjenigen, welcher gemeinschaftliche Angelegenheiten ohne Auftrag der Mitinteressenten besorgt hat — können wir füglich mit einander verbinden. Daß die vier ersten Kriterien, welche wir oben angemerkt haben, hier sämtlich zutreffen, ist auffallend, bedarf also keiner weitern Erklärung; aber auch von dem fünften ist solches außer Zweifel. Die Geschäfte eines andern verwalten — und das thut eine jede der genannten Personen — erfordert der Regel nach einen Auftrag desjenigen, dessen Geschäfte betrieben werden. Wer sich ohne meinen Willen in meine Angelegenheiten mischt, handelt der Regel nach ungültig, und ich bin durch sein Unternehmen nicht verbunden. Wie aber, wenn er als Vormund, zu einer Zeit, da ich noch nicht contrahiren, noch keinen Auftrag ertheilen konnte, mein Interesse wahrnimt, wenn er, da ich abwesend war, und Gefahr lief, an dem Meinigen Schaden zu leiden, sich meinen eigenen, oder gemeinschaftlich mit ihm habenden Angelegenheiten unterziehet? In diesen Fällen, wo die Parteien wirklich in einem ähnlichen Verhältnisse, als mandans und mandatarius, und resp. als eigentliche socii stehen, soll auch, nach Vorschrift der Gesetze, eine Rechtsverbindlichkeit Statt finden, gerade als ob ein wirklicher Auftrag ertheilt, eine

wirkliche Societät errichtet wäre, ob schon dergleichen weder ausdrücklich noch stillschweigend, gegeben oder geschlossen worden. — Denken wir uns ferner die Verbindlichkeit des Erben in Ansehung der Vermächtnisse und Fideicommisse: So werden wir auch dabei ein Gleiches antreffen. Der Erbe tritt zwar in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen, und stellt den Letztern vor. Allein eben weil dieser den Legatarien nichts schuldig war: so konnte ihnen jenes auch gegen den Erben keinen Anspruch geben. Die Rechtsgelehrten fanden also in der Gesetzlichen Vorschrift, daß die Antretung der Erbschaft, welche der Erbe eigentlich seinentwegen unternahm, auch den Legatarien zum Besten gereichen, und ihnen ein Recht an den Nachlaß geben sollte, eine Abweichung von der Regel des Civilrechts, eine Wirkung, die nach dieser Regel vielmehr einen Contract des Erben, als den Grund seiner Verbindlichkeit voraussetzte, ohne welchen durch einen dritten freien Mann eigentlich kein Recht erworben werden konnte. Die Vorschrift der Gesetze trat hier an die Stelle des Contracts, und gründete zwischen den Parteien ein Verhältniß, welches den Erben gleichsam als Bevollmächtigten der Legatarien darstellte. Die Erinnerung an die ältere Art zu testiren kam hiezu. Die Testamente per aes et libram waren wirkliche Contracte, wozu aber die Legatarien doch nicht mit concurrirten. Vielleicht

konnte

konnte aber auch das leicht die Vorstellungsart erzeugen, daß die Gesetze hier nur den Abgang eines sonst eigentlich erforderlich gewesenen Contracts ergänzten, und die Legatarien als solche behandelten, in deren Namen und zu deren Besten ein rechtsgültiger Contract selbst mit dem Testirer geschlossen worden. Mit dieser Conjectur würde auch die Benennung der Klage: actio *ex testamento* gewisser maßen übereinstimmen. — Die condict. indebiti hat eine Zurückforderung dessen, was man einmal an andere völlig überlassen hat, zur Absicht. Im allgemeinen betrachtet ist dergleichen Zurückforderung, wenn sie nicht ausbedungen worden, nicht zuläßig. Hier mußte der Irrthum, welcher bei der Zahlung vorgegangen war, eine Ausnahme machen, und der Empfänger, ob er gleich bona fide die Leistung angenommen hatte, durfte sich der Zurückgabe nicht widersetzen. Die Sache ward gleichsam als geliehen angesehen, daher auch die Gesetze selbst sich des Ausdrucks bedienen: perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur. — §. 6. *I. de obligat. quae quasi ex contractu nasc.* Solchergestalt glaube ich die wahre Meinung der Römischen Rechtsgelehrten nicht zu verfehlen, wenn ich von den Verbindlichkeiten quasi ex contractu folgenden Begriff angebe: **Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältnissen entspringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen**

Contract erfordern, in gewissen von dem Gesetzgeber bestimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Versprechen und Zusage eben die Wirkung haben, als ob der Contract, mit dessen Gegenstande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich getroffen worden. — Ich habe zur Zeit unter den Auslegern, so viele ich deren auch zu Rathe gezogen, keinen gefunden, mit dessen Autorität ich diesen Begriff durchgängig unterstützen könnte. Fast alle übergehen den Charakter, worauf der Römische Jurist vorzüglich Rücksicht nahm, und woraus daher die Sache am besten erklärt werden kann. Der bekannte **Joh. Ortw. Westenberg** führt ihn zwar beiläufig an, jedoch ohne ihn in die Definition, welche er von der Sache giebt, mit aufzunehmen. Wir wollen inzwischen seine Worte, da sie unserm Vortrag einigermaßen zur Unterstützung dienen, ganz hersetzen: Quaedam sunt negotia propter aequitatem non tantum obligatoria, *sed et contractibus similia*, quae proinde quasi contractus recte dici potuerunt. Negotiorum enim gestio et tutelae administratio *similes sunt mandato* nec non quodammodo *hereditatis aditio.* Rei communio vero *similis est societati*, et indebiti solutio *mutuo.* Ut adeo mirum videri non debeat, isthaec negotia, prae aliis, in quibus tanta similitudo cum contractibus non inuenitur, quasi con-

tractus

tractus vocari [4]). Da nun nach den Maximen der Römischen Juristen, die Form der Rechtsgeschäfte fast durchgängig in Verträgen bestand: so darf es uns desto weniger befremden, daß sie in den erwähnten Fällen, wo ein wirklicher Contract nicht angebracht werden konnte, zum wenigsten doch die Verwandschaft, welche der Vorgang im Ganzen mit den eigentlichen Gegenständen gewisser Contracte zu haben schien,

4) a. a. O. §. 13. 14. 15. Ich gebe gern zu, daß bei der Antretung der Erbschaft jene Aehnlichkeit mit irgend einem Contracte, und zwar besonders mit dem mandato nicht sogleich beim ersten Anblicke einleuchte. Man sehe, was neuerer Zeit hierüber mit vielem Scheine gesagt worden ist. Hugo Civ. Magaz. I. 452. f. Allein ich glaube nicht ohne Grund dagegen zu erinnern, daß hier freilich von einer ganz vollkommnen Aehnlichkeit in der Sache selbst die Rede nicht sein könne; daß es aber, um die Bestimmung: quasi ex contractu, und deren Veranlassung zu erklären, schon genüge, in der Erbschaftsantretung mit Rücksicht auf die Legatarien im Ganzen etwas anzutreffen, was nach Römischen Rechtssätzen sonst nur Folge eines Contracts zu sein pflegte, und besonders beim mandato vorkam. Jenes ergeben die Gründe, welche ich angeführt habe, deutlich, und dieses läßt sich, meiner Meinung nach, mit Westenberg in sofern immer behanpten, als der Erbe, indem er antritt, nicht nur zu seinem Besten handelt, sondern in der That auch das Interesse der Legatarien mit befördert, sich zu ihrem Nutzen verbindlich macht, und ihnen ein wirksames Recht in Ansehung des Nachlasses verschafft, was sie ohne seine Mitwirkung nicht erlangt hätten. Daß sich übrigens ein Bevollmächtiger, der das selbst nicht thun kann, was er einem andern aufträgt, ohne Widerspruch denken lasse, zeigt L. 25. C. de Proc. u. Nov. 71. c. 1.

schien, so wenig außer Acht liessen, daß sie vielmehr einen bestimmten Charakter der Verbindlichkeit und ihrer Entstehungsart daraus hernahmen. Dieß ist der natürlichste Aufschluß der Römischen Theorie von den Verbindlichkeiten quae quasi ex contractu nascuntur; einer Lehre, die außer der fast übertriebenen Subtilität, noch manche andere Unbequemlichkeit mit sich führet, in der Folge aber von den Auslegern unglaublich gemisdeutet und entstellet ist. Jedoch davon unten mit Mehrerm.

§. 10.

Unter den sogenannten quasi delictis verstehen die Lehrbücher strafbare Handlungen, welche nicht mit Vorsatz, sondern aus Fahrlässigkeit verübt worden sind. Daß aber nach dem ächten Sinn des Römischen Rechts die Sache sich anders verhalte, ist leicht zu erweisen. Denn 1) finden wir im Römischen Recht nicht die geringste Spur davon, daß die ältern Juristen das Wesen der Verbindlichkeit, quasi ex delicto, in der alleinigen Fahrlässigkeit dergestalt gesetzt hätten, daß überall jedes delictum culposum auch zu jener Classe gerechnet worden sei. Wäre dieß in der That die Theorie der Alten gewesen: so würde 2) in dem dieser Materie ganz gewidmeten 5ten Titel des 4. Buchs der Institutionen, die Sache gradezu angegeben, und daselbst von den aus Fahrlässigkeit begangenen Verbrechen gehandelt sein. Wir finden aber weder in dem

ange-

angeführten Titel der Institutionen, noch in der gleichlautenden L. 5. D. de *Obl. et Act.* mit irgend einem Worte angemerkt, daß man einen Gegenstand, welcher von dem größten Umfange ist, und über alle und jede Verbrechen, die mit Vorsatz sowol, als aus Unvorsichtigkeit begangen werden können, sich verbreitet, dabei zum Vorwurf gehabt hätte. Gegentheils sind die einzelnen Fälle, wo der Verbindlichkeit die Bestimmung quasi ex delicto beigefügt wird, von der Beschaffenheit, daß dabei offenbar etwas anders, als bloße Fahrlässigkeit, zum Grunde liegt; und daß also diese einzelnen Fälle zur Erläuterung der Lehre von Verbrechen, die aus Unachtsamkeit verübt worden sind, keine zutreffende Beiträge liefern. 3) Selbst da, wo die Römischen Gesetze bei den uneigentlichen Verbrechen der culpae gedenken, geschieht es auf einer, allein schon dazu hinreichenden Art, um den gewöhnlichen Begriff ganz unrichtig zu finden. So heißt es an einer Stelle [1]): Is, ex cuius caenaculo deiectum aliquid est, ideo non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quoniam plerumque *ob alterius culpam* tenetur; und an einer andern [2]): Exercitor nauis de damno aut furto, quod in naui factum est, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera nauem exercet,

1) §. 1. I. *de obligat. quae quasi ex delict.*
2) §. 3. I. ibid.

exercet, quum *aliquatenus* culpae reus eſt, *quasi* ex delicto teneri videtur. Iſt darum die Verbindlichkeit nur quasi ex delicto, weil ſie denjenigen trifft, der ob *alterius* culpam leiden ſoll; Iſt ſie es darum nur, weil man höchſtens einigermaßen — *aliquatenus*, nicht aber mit völliger Gewißheit, und ganz beſtimmt eine Unachtſamkeit annehmen kann: ſo verhält ſich die Sache unſtreitig anders, wenn von einer **ungezweifelten** culpa *propria* die Rede iſt. 4) Ueberall, wo in unſern Rechtsbüchern von den mehrerwähnten uneigentlichen Verbrechen die Rede iſt, wird folgendes zur Erläuterung angeführt: quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, videtur quasi ex maleficio teneri. Allein wenn im Aquiliſchen Geſetze der Fahrläſſigkeit gedacht wird: ſo vermißt man dieſe Beſtimmung gänzlich; es heißt vielmehr geradezu: non minus ex dolo, quam ex culpa quisque hac lege tenetur [3]). Und wäre der angegebene Grund: quia non ex maleficio tenetur, von der Nachläſſigkeit zu verſtehen; wie hätte Ulpian [4]) und mit ihm alle übrige Römiſche Juriſten, das damnum iniuria datum, als ein unſtreitiges maleficium, folgendergeſtalt erklären können: iniuriam hic accipere nos oportet, quod non iure factum est, hoc est, contra ius, id est si culpa quis

3) §. 3. I. de *Lege Aquil.*
4) L. 5. §. 1. D. *ad Leg. Aquil.*

quis occiderit. Hätten die Ausleger dieſes Alles ihrer Aufmerkſamkeit nicht entgehen laſſen, nie würden ſie ſich einen Begriff von der Sache gebildet haben, der dem Sinne der Geſetze nichts weniger, als angemeſſen iſt. Schon **Ulrich Hubert** hat über die gewöhnliche Lehre ſeine Bedenklichkeiten geäuſſert: Affinitas, ſchreibt er, per quam hae species quasi delicta seorsim constituunt, non consistit in culpa. Si quidem et veris delictis aliquando conuenit. Sed in qualitate mali moris, quam lex sine dolo rei actione perſequitur. Er iſt darüber mit **Thomaſius** in einen weitläuftigen Streit gerathen [5]). Neuerer Zeit hat **Wolraer** den gemeinen Lehrbegriff mit vielem Scharfſinne beſtritten; und die Sache dahin erkläret: Est, si quid video, quasi delictum factum illicitum, ciuiliter alicui imputabile, quod ei moraliter imputari nequit [6]). So gewiß es alſo iſt, daß auch Fahrläſſigkeit ihrem Urheber moraliſch imputiret werden kann: ſo unſtreitig giebt ſie nach dieſer Erklärung keinen unterſcheidenen Charakter des ſogenannten quasi delicti. Ob und in wie fern dieß gegründet, oder der gemeine Begriff vorzuziehen ſei? läßt ſich am beſten daraus beurtheilen, wenn wir die Handlungen und Vorfälle ſelbſt, woraus

5) Huber *prael. ad Inst.* IV. 5. 1. und daſelbſt Thomasius in adnot.

6) Woltaer Obseruat. iur. ciu. I. 18.

aus nach Römischen Rechten die Verbindlichkeit quasi ex delicto hergeleitet wird, etwas genauer prüfen. Selbst eine bestimmte Erklärung dieser Gattung der Verbindlichkeit liefert das Römische Gesetzbuch nicht: daher uns zur Bildung eines richtigen Begriffs davon nichts weiter übrig bleibt, als denjenigen Merkmalen nachzuforschen, welche den dahin gerechneten Fällen sämmtlich gemein sind, und daraus einen allgemeinen Begriff zu abstrahiren.

§. 11.

Alle vom Kaiser **Justinian** in seinen Institutionen [1]), und von dem Juristen **Gajus** [2]) zu dieser Classe gerechneten Handlungen kommen darin mit einander überein, daß sie 1) an sich nicht erlaubt sind, noch von irgend einem Gesetzgeber je gebilligt werden können. Es wird aber 2) gerade wider denjenigen eine Klage daraus gestattet, welcher entweder, moralisch betrachtet, ganz unschuldig sein kann, oder doch wenigstens nach andern **Grundsätzen des Römischen Rechts** eigentlich für die Handlung gar nicht haften darf [3]). Weil ihn aber gleichwol das Gesetz verbindlich machte: so hieß es, er sollte quasi ex delicto — gerade als ob er selbst etwas verbrochen hätte, aus der Handlung gehalten sein. Die bloße Fahr-

1) Lib. IV. Tit. V. *de obligat. quae qu. ex del. nasc.*
2) L. 5. § 4. 5. 6 D. de O. et A.
3) Warum wir dieses dem Begriffe, welchen Woltaer vorträgt, hinzufügen, wird sich bald näher ergeben.

Fahrläſſigkeit hingegen wird mit keinem Worte als ein unterſcheidender Charakter dieſer Art Verbindlichkeiten angegeben. Eine kurze Betrachtung der einzelnen Fälle ſelbſt wird dieß näher rechtfertigen.

§. 12.

Bekanntlich rechnen die Geſetze dahin 1) wenn der Richter aus Verſehen und Unwiſſenheit einem ſtreitenden Theile zu nahe gethan hat. Iſt dieß nicht culpa? wird man fragen, und ſcheint es nicht den gewöhnlichen Begriff des ſogenannten quasi delicti zu rechtfertigen? Ich zweifle ſehr, ob die Erklärung, welche **Wolraer** von der Sache giebt, ſich gegen dieſen Einwurf behaupten werde. Nimmt man aber einen andern Umſtand, welcher hier vorzüglich in Betrachtung kommt, zur Hülfe, ſo wird ſich der Begriff rechtfertigen laſſen. Denn, wenn auch die Handlung an ſich betrachtet moraliſch imputabel iſt: ſo war ſie es doch nach andern Grundſätzen des ſtrengen Civilrechts eigentlich nicht, wie man aus folgenden Gründen deutlich wahrnehmen kann. Unſtreitig iſt es eine ars liberalis, welche der Richter, als Rechtsgelehrter, ausübt. Er verrichtet ſein Amt nicht mercede conductus, und durch keinen Vertrag und Gedinge hat er ſich den Parteien verbindlich gemacht. Unter dieſen Umſtänden konnte ihm nach der Analogie des Römiſchen Rechts, eigentlich nur dolus malus und die gröbſte Fahrläſſigkeit als ein Ver-

brechen angerechnet werden. Schon was **Ulpian** bei einer andern Gelegenheit vorträgt [1]), könnte uns hier einen zureichenden Aufschluß geben. Ideo hanc *actionem in factum* aduersus mensorem praetor proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse; sed magis *operam beneficii loco praeberi.* Haec igitur actio *dolum malum duntaxat* exigit. Visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus *solus* conueniatur eius hominis, qui *ciuiliter obligatus non* est. Lata culpa plane dolo comparabitur. Hiemit vergleiche man nun die gesetzliche Vorschrift: Iudex tunc litem suam facere intelligitur, quum *dolo malo* in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo autem malo videtur hoc facere, si euidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes [2]), und man wird nicht länger mehr daran zweifeln, daß nach dem strengen Rechte ein streitender Theil nur dann erst befugt sei, wegen einer ungerechten Verfügung den Richter selbst in Anspruch zu nehmen, wenn er ihn der vorsätzlichen Parteilichkeit, oder groben Unachtsamkeit völlig zu überführen im Stande ist. Euidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia, — —. Daß nun in solchem Falle der Richter eines wahren Verbrechens schuldig, nicht

1) L. 1. D. Si mensor falsum modum dixerit.
2) L. 15 §. 1. D. de iudiciis.

nicht aber quasi ex delicto gehalten sei, läßt sich durch Gesetze beweisen, und ist auch von den Gelehrten längst als ungezweifelt angenommen worden [3]). Wie es aber überhaupt im Römischen Rechte nichts seltenes ist, daß das sogenannte strenge Recht durch vordringende Billigkeit hin und wieder gemildert, ja oft ganz entkräftet wird: so konnte dies auch hier nicht lange ausbleiben. Soll den Richter allein nur der böse Vorsatz, und grobe Nachlässigkeit verantwortlich machen: so sind die Parteien meistens übel daran; indem ihnen einestheils ein Beweiß obliegt, welcher mit vielen und großen Schwierigkeiten verbunden ist, und anderntheils die Unachtsamkeit des Richters schon sehr großen Schaden anrichten kann, ehe sie bis zum Grad der culpae latae hinaufsteigt. Gründe genug, von der Disposition des strengen Rechts dahin abzugehen, daß nicht nur vorsätzliche Ungerechtigkeit, sondern jede andere Uebereilung den Richter verantwortlich machen sollte. Daher die actio in factum contra iudicem, qui litem suam fecerit [4]), wobei es nicht darauf an-

 kam,

3) L. ult. C. de poena iud. qui male iudic. Nov. 124. c. 2. Voet Comment. ad Pand Lib. V. Tit. 1. §. 58. Hoepfner elem. iur. ciuil. § 1130. Vinnius pr. I. de obligat. quae quasi ex delicto nasc.

4) L. 6. D. de extraord. cognit. Einige Rechtslehrer haben behaupten wollen, daß auch diese actio in factum bloß wegen der groben Fahrlässigkeit gegen den Richter Statt finde, daß aber culpa leuis oder leuissima ihm in keinem

kam, ob der Richter nach Anleitung des strengen Rechts ein Verbrechen im eigentlichen Verstande begangen hatte, allein eben darum auch der Ausdruck quasi

keinem Betrachte zur Last fallen könne. So lehrt Joch. Hopp ad pr. I. de obligat. quae quasi ex delicto nasc. verb. *per imprudentiam*. Ihm treten bei: Leyser spec. 680. m. 2. p. 49. I. L. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 1295. u. a. m. Allein diese Meinung, welche wahrscheinlich daher entstanden ist, daß man die verschiedenen Gegenstände der L. 15. §. 1. D. de iudiciis, L. ult. C. de poen. iud qui male iudic. Nov. 124. c. 2., allwo von einem wahren Verbrechen die Rede ist, und des angeführten pr. I. de oblig. quae qu. ex del., ingleichen L. 6. D. de extraord. cogn. und L. 5. §. 4. de O. et A., woselbst die Verbindlichkeit quasi ex delicto hergeleitet wird, nicht gehörig beachtet hat, läßt sich bei näherer Prüfung gar nicht annehmen. Denn darin sind, wie gesagt, die Juristen sämmtlich einverstanden, daß der Richter, wenn er aus Gunst, Feindschaft, oder Gewinnsucht vorsätzlich ungerecht verfährt, sich eines wahren Verbrechens schuldig mache. Mit diesem ist aber nach bekannten Grundsätzen des Civilrechts, in Rücksicht auf Privatgenugthuung und den Schadensersatz, die grobe Unachtsamkeit in eine Classe zu rechnen. Selbst in der schon angeführten L. 1. D. Si mensor fals. mod. dixerit, sagt **Ulpian** ausdrücklich: Lata culpa plane dolo comparabitur. Hieraus folgt, meiner Meinung nach, ganz klar, daß die Unvorsichtigkeit (imprudentia), welche nach der Lehre des **Gajus** den Richter nur quasi ex delicto verantwortlich machen soll, unmöglich mit der groben Fahrlässigkeit, welche **Ulpian** dem Dolus gleich schätzet, für eins genommen werden könne. **Berger** setzt daher das sogenannte quasi delictum des Richters in der culpa leui. *Oeconom. iuris* Lib. 3. Tit. 12. §. 2. not. 1. Jedoch da der Grad

der

quasi ex delicto gebraucht ward, um anzudeuten, daß der Beklagte nicht weniger verbindlich sei, als wenn er sich eines eigentlichen Verbrechens schuldig gemacht hätte. Si iudex, so lauten die Worte des Gajus [5]), litem suam fecerit, *non proprie ex maleficio* obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per *imprudentiam*, ideo videtur, quasi ex maleficio teneri in factum actione. Da der Rechtsgelehrte hier mit Erläuterung der nach der natürlichen Billigkeit eingeführten actionis in

der Nachlässigkeit, wofür Jemand haften muß, natürlich nach dem Grade des Fleißes, wozu er verbunden ist, seine Bestimmung erhält; und der Richter offenbar die Verbindlichkeit auf sich hat, sein Amt mit möglichster Sorgfalt zu verrichten: so finde ich kein Bedenken, der Lehre eines unserer bewährtesten Juristen beizupflichten, welche dahin gehet: *quamcunque culpam* iudicis hac in re sufficere; quemadmodum in lege aquilia et actione de damno dato quaecunque culpa sufficit, ex qua laesio orta est. F. E. Pufendorf *de Culpa* P. VII. C. 2. §. 6.

5) L. 6. D. de extraord. cognit. Die Worte: non proprie ex *maleficio*, welche in diesem Gesetze vorkommen, sind, wie oben bereits gezeigt worden, lediglich in Rücksicht auf das strenge bürgerliche Recht zu verstehen. Dieß bestärkt auch Pufendorf, wenn er schreibt; Leges ciuiles vocabulo maleficii hunc in modum utuntur, ut *ciuile* maleficium eo intelligant, non naturale. Nam naturaliter quidem omnis actio praua maleficium est, cum quo et poena connexa est. Sed ciuilia iura ciuilem poenam intelligunt a legislatore ciuili propositam. Tr. *de culpa* P. VII. C. 1. §. 3.

factum beschäftigt ist: so siehet man, auch ohne mein Erinnern, sehr leicht ein, daß der Ausdruck: iudex litem suam fecerit, nicht in der strengen Bedeutung, welche **Ulpian** [6]) davon vorträgt, sondern in der, wegen vordringender Billigkeit eingeführten Extension genommen werde. Denn von dem, cuius euidens est dolus, gratia, vel inimicitia, wie **Ulpian** ihn beschreibt, konnte **Gajus** wol nicht sagen: non proprie ex maleficio tenetur. Er selbst erklärt sich hierüber deutlich genug, wenn er hinzufügt: Peccasse utique aliquid intelligitur, *licet per imprudentiam*, et ideo, (weil nämlich das strenge Recht ihn darum noch nicht sogleich verantwortlich machte,) videtur quasi ex maleficio teneri.

§. 13.

Bei dieser Gelegenheit wird es nicht undienlich sein, eine Frage zu erörtern, deren Auflösung den Rechtsgelehrten von Zeit zu Zeit viele Schwierigkeiten gemacht hat. Die Römischen Gesetze zählen, wie wir bisher gesehen haben, die Verbindlichkeit des Richters, welcher aus Unachtsamkeit litem suam gemacht hat, zu den obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur. Woher kommt es also, daß die Handlung des Arztes, welcher nicht mit Vorsatz, sondern durch seine Ungeschicklichkeit Jemand beschädiget hat, nicht gleichfalls zu dieser Klasse der Verbindlichkeiten gerech-

6) L. 15. §. 1. D. de iudiciis.

gerechnet, sondern vielmehr §. 7. I. de L. Aquil. als ein wahres Verbrechen aufgeführt worden? Es ist unglaublich, wie sehr diese vermeinte Schwierigkeit die Ausleger beschäftigt hat, und wie mancherlei Wendungen, bald von diesem, bald von jenem, aufgebothen sind, um die verschiedenen Gesetze mit einander zu vereinbaren. Wäre die Meinung des Thomasius [1]) richtig: so würde es sich kaum der Mühe verlohnen, über den ganzen Streit ein Wort weiter zu verlieren. Denn es ist, sagt er ganz ungegründet, wenn man den Arzt, welcher nicht vorsätzlich, sondern durch Unwissenheit Schaden angerichtet hat, eines wahren Verbrechens beschuldigen will. Er hat eben so, wie der Richter in erwähntem Falle, nur ein sogenanntes quasi delictum begangen; folglich ist hier in den Gesetzen gar keine Verschiedenheit anzutreffen. Allein, so umständlich er sich auch in mehrern Schriften hierüber verbreitet hat, so wird es die Folge doch ergeben, daß er die Sache keinesweges getroffen habe. Sonderbar ist es freilich, daß selbst unter denen, welche das Wesen der uneigentlichen Verbrechen in der Fahrlässigkeit setzen, die mehrsten in jenem Punkte von ihm abweichen, eben dadurch aber selbst zu erkennen geben, daß der von ihnen angenommene Begriff, wo

1) In notis ad Huberi praelect. iur. ciuil. secund. ord. inst. Lib. IV. Tit. V., ingleichen in Diss. de usu practico actionis contra iudicem imperite iudicantem. Halae 1714.

nicht offenbar unrichtig, doch gewis ungemein schwankend sei; und man muß wenigstens dem **Thomasius** die Gerechtigkeit wiederfahren lassen, daß er unter den Vertheidigern der gewöhnlichen Ideen des uneigentlichen Verbrechens seiner Behauptung selbst nicht untreu geworden ist. Ein Fehler, dessen sich die übrigen hier offenbar schuldig machen. Denn giebt man zu, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit die Kriterien sind, worauf die mehrgedachte Eintheilung der Verbrechen sich gründet: so muß man auch dem **Thomasius** beipflichten, wenn er die unvorsätzliche Vergehung des Arztes zu den sogenannten quasi delictis rechnet. Inzwischen gewinnet die Meinung dieses Rechtsgelehrten dadurch noch nichts, daß er Gegner gefunden, die ihm nach ihren eignen Grundsätzen nie widersprechen mußten. Die wahre Beschaffenheit und Natur der Sache ist dem Thomasius nichts desto weniger entgegen.

§. 14.

Ich muß gestehen, unter den verschiedenen Antworten auf die erwähnte Frage noch keine ganz befriedigend gefunden zu haben. Die Unwissenheit des Arztes, sagen einige [1]), ist darum sträflicher, als die des Richters, weil jener sich selbst für einen solchen ausgiebt, der die Geschicklichkeit besitzt, Krankheiten zu heilen, diesem hingegen die Entscheidung der Rechtssachen nicht bloß darum übertragen wird, weil er sich für einen

1) Vinnius *Comment. ad institut.* Lib. IV. Tit. V. §. 1. n. 1.

nen Rechtsgelehrten ausgegeben hat, sondern weil er durch öffentliche Autorität dazu bestellet worden ist. Der Arzt, setzen andere [2]) hinzu, übernimmt die Heilung des Kranken freiwillig; hingegen der Richter muß auch wider Willen sein Amt verwalten. Auf ihn konnte sich das Aquilische Gesetz nicht so schicklich, als auf den Arzt, erstrecken, weil dieser den Körper selbst beschädigt, folglich einen Nachtheil anrichtet, welchen das erwähnte Gesetz buchstäblich zum Gegenstande hat, dahingegen der Richter durch seinen übeln Ausspruch keine körperliche Verletzung unternimmt [3]). Daß diese vermeinten Auflösungen nicht hinreichend sind, der Schwierigkeit abzuhelfen, zeigt sich bei näherer Prüfung gleich. Eben darum, weil ihm unter öffentlicher Autorität die Verwaltung der Justiz übertragen worden, könnte man wol eher annehmen, daß der Richter um so mehr verbunden sei, die größte Sorgfalt darauf zu verwenden, je gewisser es ist, daß Beschäftigungen, womit wir dem State selbst dienen, unter die wichtigsten unsers Lebens gehören. Es sei, daß der Arzt freiwillig die Heilung des Kranken auf sich nimmt, der Richter aber die Entscheidung streitiger Rechtssachen übernehmen muß; kann dieß wol an sich auf Imputation der Fahrlässigkeit einen Ein-

2) Huber ad inst. Lib. 4. Tit. 5. n. 3.
3) Huber cit. loc. Suarez ad Leg. Aquil. Lib. 3. Sect. 2. c. 6. §. 17.

fluß haben? Der Gedanke, daß des Arztes Ignoranz darum sträflicher sei, weil er sich für einen Kunstverständigen ausgiebt, und dadurch veranlaßt, daß er zum Kranken gerufen wird, der Richter hingegen sein Amt auch wider Willen verwalten muß, dieser Gedanke dient zu nichts, als den Knoten, den er auflösen soll, noch mehr zu verwickeln. Das Römische Gesetzbuch schließt denjenigen mit Recht vom Richterstuhl aus, dem die Fähigkeit abgeht, Rechtshändel gehörig untersuchen, und entscheiden zu können. Wem also dieß wichtige Amt anvertrauet wird, von dem setzt man voraus, daß er die dazu erforderlichen Eigenschaften besitze, und indem er es übernimmt, giebt er sich allerdings für denjenigen aus, dem Geschick und Fähigkeit dazu beiwohnen. Der Einfall, daß das Gesetz des **Aquilius** eigentlich nur körperliche Verletzungen zum Gegenstande habe, und darum zwar wol der Arzt, nicht aber der Richter, aus einem wahren Verbrechen gehalten sei, betrifft eigentlich nur die Frage: warum die Klage aus dem Aquilischen Gesetze nicht in beiden Fällen Statt finde? keinesweges aber die **Ursache**, warum in dem einen Falle die Verbindlichkeit ex vero, in dem andern aber nur quasi ex delicto hergeleitet wird? Wiederum beweist er zu viel. Denn der Richter, welcher **mit Vorsatz** ungerecht verfährt, macht sich unstreitig eines wahren Verbrechens schuldig, wenn gleich seine Handlung

dem

dem Buchstaben des gedachten Gesetzes nicht zuwiderläuft. Ueberhaupt ist zwar der Schade, welcher nicht in körperlicher Destruction bestehet, kein eigentlicher Gegenstand der Verordnung des **Aquilius**, aber sicher gehört er darum noch nicht zu den Verbindlichkeiten, quae quasi ex delicto nascuntur. Ohne dieser Bestimmung im geringsten zu gedenken, heißt es vielmehr am Ende des Titels der Institutionen de Lege Aquilia: Sed, si non corpore damnum datum fuerit, neque corpus laesum fuerit, placuit eum, qui obnoxius fuerit, actione in factum teneri.

§. 15.

Da wir also die Bemühungen auch der vortrefflichsten Rechtsgelehrten in diesem Stücke ganz vergeblich finden; sollen wir denn alle Hoffnung, einen zutreffenden Grund der mehrgedachten Verschiedenheit angeben zu können, gänzlich fahren lassen? Wirklich haben einige Ausleger [1]) so gedacht, und sich daran begnügt, auch hier mit dem **Julian** [2]) zu sagen: Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest. Jedoch vielleicht darf ich den Beifall des geneigten Lesers einer Conjectur versprechen, welche ich aus den oben bereits entwickelten Grundsätzen hergeleitet habe, und welche ich nunmehr zur weitern Prüfung vorlege.

§. 16.

1) Wissenbach disput. 43. ad instit. th. 22.
2) L. 20. D. de legibus.

§. 16.

Die Ursache, warum die Unvorsichtigkeit des Richters nach Römischen Rechten kein wahres Verbrechen im eigentlichen Verstande ausmacht, bestehet, wie oben §. 12. mit mehrerm ausgeführt worden, nicht sowol in der Fahrlässigkeit an sich, noch weniger darin, daß das Versehen des Richters durchaus nicht für moralisch imputabel zu achten ist, sondern einzig und allein in der einmaligen Disposition des strengen Rechts, wonach er nur durch bösen Vorsatz und grobe Unachtsamkeit verantwortlich ward. Will man also den Grund, warum das Versehen des Arztes nicht nach gleichen Grundsätzen behandelt worden? erforschen: so siehet ein Jeder sehr leicht, daß es eines Theils überflüssig sei, wenn man sich bemühet, die Handlung des Richters in Vergleichung mit derjenigen des Arztes weniger sträflich, und an sich weniger imputabel darzustellen; andern Theils aber, daß man auf diesem Wege das vorgesteckte Ziel desto weniger erreichen könne, je unmöglicher es ist und bleibt, zu beweisen, daß der Richter, sobald er nur nicht mit Vorsatz und grober Fahrlässigkeit unrecht handelt, auch darum schon ganz und gar ausser Schuld sei. Besser wird die Sache sich aufklären, wenn man, wie billig, die Untersuchung darauf richtet: Ob nicht nach dem besondern Verhältnisse, worin sich die Aerzte bei den Römern befanden, das strenge Recht in Ansehung ihrer

ganz

ganz anders lauten mußte, als wir es, so viel den Richter betrifft, gefunden haben. War der letztere darum, weil er die Rechtswissenschaft als artem liberalem ausübte, — weil er nicht durch Lohn gedungen sein Amt verwaltete — nicht durch Vertrag oder Gedinge den Parteien sich verbindlich gemacht hatte, — nach strengen Rechten nur im Fall eines doli oder latae culpae gehalten; und ward eben darum, als man es in der Folge unbillig fand, ihm alles übrige Versehen ungestraft hingehen zu lassen, die Wendung: *quasi* ex delicto gebraucht; so verhielt sich doch, was die Aerzte anbetrifft, die Sache bei weitem ganz anders.

§. 17.

Lange ward die Arzeneikunde, wie sie es nach ihrer damaligen Beschaffenheit auch wol nicht anders verdiente, von den Römern unter die schmutzigen Gewerbe, und unfreien Künste — artes sordidas, et illiberales gezählet; die Wissenschaft selbst war das nicht, was sie nach der Zeit geworden, und jetzt ist; ihre Bekenner nichts weniger, als was sie zu unsern Zeiten sind, vielmehr ganz der Achtung unwürdig, worauf sie bei uns mit völligem Recht Anspruch machen. Die ganze Kunst bestand, wie Seneca behauptet [1]) in scientia paucarum herbarum, quibus sisteretur fluens sanguis, et vulnera coirent paullatim. Der Nahme eines medici ward auch solchen Leuten beigelegt,

1) Epist 95.

legt, für die man ihn heutiges Tages etwas zu ehrwürdig finden dürfte. Nach dem Zeugniß des Ulpian [2]) gehörten sogar Hebammen, und diejenigen dahin, qui alicuius partis corporis vel certi doloris sanitatem pollicentur, ut puta si *auricularius*, *fistulae*, vel *dentium*. Nicht also bloß diejenigen, welche durch diätetische Regeln, und Anordnung der Medikamente die Cur eines Kranken besorgen; sondern auch diejenigen, welche bei den schmutzigsten, größtentheils in Händewerk bestehenden Beschäftigungen selbst mit Hand anlegten, machten auf den Nahmen eines medici Anspruch [3]).

§. 18.

2) L. 1. §. 1. seq. D. de extraord. cogn.

3) Qui medicinam olim faciebant, non tantum praescripta victus ratione, aut medicamentis aegros iuuabant, sed et *sectionibus* et *ustionibus* faciendis, vulneribus obligandis, *clisteribus praebendis*. emplastris et colliriis imponendis, manum admouebant. *Medicus Romanus Seruus LX solidis aestimatus*. Lugduni 1671. §. 6. Daher Ulpian, nachdem er von den Geräthen eines Fleischers gehandelt hatte, in L. 18. §. 10. D. *de instruct. vel instrument leg.* fortfährt: In instrumento medici esse collyria, et emplastra, et caetera eius generis Cassius refert. Was sonst noch von diesen sogenannten medicis verrichtet zu werden pflegte, ist aus der besondern Constitution des Kaisers Hadrian, deren in L. 4. §. 2. D. ad L Cornel. de Sicariis gedacht wird, nicht undeutlich abzunehmen: Nemo liberum seruumue inuitum, sinentemue castrare debet, neue quis se sponte castrandum praebere debet; ac si quis aduersus edictum meum fecerit, *medico quidem, qui exiderit,*

§. 18.

Schon hieraus ist leicht zu begreifen, daß dergleichen Handthierung keine sonderliche Achtung verdienen

exciderit, capitale erit, item ipsi, qui se sponte castrandum praebuit. So schreibt auch **Paullus** Lib. V. recept. sentent. tit. 22. §. 3.: Ciues romani, qui se iudaico ritu vel seruos suos circumcidi patiuntur, bonis ademtis in insulam perpetuo relegantur, *medici* capite puniuntur. Daß auch das Aderlassen eine vorzügliche Beschäftigung jener Aerzte gewesen, erhellet theils aus Gesetzen, L. 7. in fin. L. 8. D. und §. 7. I. *de lege aquilia*, theils aus andern Nachrichten zur Genüge. Beim **Cicero** *in Pison.* heißt es: sed ei medico, quem tecum duxeras, imperasti, ut venas hominis incideret. Diese Worte des **Cicero** können beiläufig einer Stelle in **Justinians** Gesetzbuche, worüber die Kritiker in ihren Meinungen getheilt sind, den Aufschluß geben. **Alfenus** L. 26. D. de operis libert. druckt sich also aus: Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum. **Haloander** glaubt, man müsse hier statt imperantes lesen: implorantes. **Gothofred** hält diese Veränderung an sich zwar schicklich, glaubt aber doch, daß man derselben entbehren könnte; denn, sagt er, imperans bedeutet hier nichts anders, als medicum, qui imperat, et praescribit medicamenta. Allein dann hat das Gesetz gar keinen vernünftigen Sinn. Am richtigsten versteht man unter imperantes diejenigen, welche die Hülfe des Arztes verlangen. Dieß beweist nicht allein **Cicero** am angeführten Orte, sondern auch **Seneca** de beneficiis lib. 6. in den Worten: Medicus me non tanquam amicum vidit, sed tamquam imperatorem: imgleichen an einer andern Stelle, Lib. 3. de beneficiis: *imperauit* medico, ut venenum sibi daret. Man sehe auch *Püttmann* Varior. opuscul. Syll. p. 322.

nen konnte. Das Persönliche Verhältniß derer, welche damit umgingen, kam hinzu. Gewöhnlich waren es Knechte und Freigelassene, wie sich aus mehrern Gesetzen, und andern Nachrichten des Alterthums deutlich erweisen läßt [1]). Vorzüglich aber verdienen hier zwei Constitutionen des Kaisers Justinian [2]) angemerkt

1) L. 41. §. 6. D. de fideicommiss. libert. L. 16. §. 1. D. de alim. legat. L. 10. §. ult. D. de annuis legat. L. 25. §. 2. L. 26. D. de oper. libert.

2) Sin autem aliqua arte praediti sunt, exceptis notariis et medicis usque ad triginta solidos pretium eorum redigi. Sin autem notarius sit, vel medicus, siue masculus, siue femina, notarius quidem usque ad quinquaginta, medicus autem usque ad sexaginta taxetur. L. 1. §. 5. C. de comm. seru. manum. L. 3. pr. C. comm. de legat. Hiebei ist nachzulesen die obenangeführte Abhandlung: Medicus romanus seruus LX. solidis aestimatus, §. 9., woselbst man auch verschiedene Zeugnisse aus den Schriften des Cicero, Seneca, Plutarch, und Quintilian über diesen Punkt gesammlet findet. Es ist freilich nicht zu leugnen, daß nach und nach bei den Römern, zumal unter den Kaisern, solche Aerzte aufkamen, deren Beschäftigung und persönliches Verhältniß von jener niedrigen Classe sehr verschieden war. vid. tit. cod. Theodos. *de Medicis et Professorib.* tit. cod. Justinian. et Theodos. *de comit. et archiat.* Diese wenigen Ausnahmen ändern aber die Sache nicht. Denn, daß sowol die Kunst selbst, als auch diejenigen, welche derselben oblagen, zu den Zeiten Justinians im Ganzen und dem gewöhnlichen Verhältnisse nach noch ungeändert geblieben, beweist das Gesetzbuch dieses Kaisers in den angeführten Stellen zur Genüge. Ja selbst in dem §. 7. I. de lege Aquilia, dessen Erläuterung diese ganze Digression veranlasset hat, wird einer solchen Beschäftigung des sogenannten

merkt zu werden, worin der ordentliche Werth solcher Sclaven, um darauf bei Erbtheilungen oder andern Vorfällen Rücksicht zu nehmen, bestimmet wird. Leisteten die sogenannten medici einem Kranken für Gebühr ihre Hülfe: so war dieß den Gesetzen nach nichts anders, als eine locatio operarum [3]). Und ihre Verbindlichkeit ward nach eben den Grundsätzen bestimmt, welche im Ganzen bei diesem Contract obwalten. Gleichwie nun überhaupt wider denjenigen, der seine Arbeit einem andern vermiethet, und, es sei nun vorsätzlich oder aus Unachtsamkeit, bei dieser Gelegenheit Schaden angerichtet hat, nach Römischen Rechten eine gedoppelte Klage Statt findet, theils aus dem Contract selbst, theils aus dem Aquilischen Gesetze [4]): so verhält sich auch in Ansehung des medici nach klarer gesetzlicher Vorschrift [5]) die Sache nicht anders. Hier fehlt also so viel, daß außer dem

genannten medici gedacht, die nicht ad artes liberales gehört, sondern nur der gemeinen Classe derzeitiger Aerzte eigen war.

3) L. 25. §. 2. D. de operis libert.: plerumque medici seruos eiusdem artis perducunt; quorum operis non aliter perpetuo uti possunt, *quam ut eas locent.*

4) L. 18. D. ad I. Aquil. L. 7. §. 1. L. 18. D. commodati. G. F. *Krausii* diss. de lege aquilia in eos etiam, qui ex contractu nobis obligantur. Vitemb. 1757. Struben in rechtl. Bedenken Th. 3. Nr. 61.

5) L. 7. §. 8. D. ad I. aquil.: si medicus seruum imperite secuerit, *vel ex locato* vel *ex lege aquilia* competere actionem.

Fall eines bösen Vorsatzes, und grober Fahrläſſigkeit eigentlich keine Klage gestattet sein sollte, daß vielmehr solche selbst dem strengen Rechte nach, allerdings zuläſſig war. Und hieraus leuchtet, meiner Meinung nach, der Grund des Unterschiedes, welchen das Römische Recht zwischen der dem dolo nicht gleich zu schätzenden Fahrläſſigkeit eines Arztes, und eines Richters in Bestimmung der Verbindlichkeit beobachtet, ziemlich deutlich hervor.

§. 19.

Die übrigen Fälle, wo den Römischen Rechten nach eine obligatio quasi ex delicto vorhanden ist, bestätigen unsere Theorie von dieser Art der Verbindlichkeiten gleichfalls. Item, sagt der Imperator [1]), is, ex cuius coenaculo vel proprio, vel conducto, vel in quo gratis habitat, deiectum, effusumue aliquid est, ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ohne besondere Hülfe des bürgerlichen Rechts, würde der Beschädigte hier in der Verlegenheit sein, den eigentlichen Urheber ausfindig zu machen, und wegen Ungewißheit desselben nicht leicht mit Sicherheit eine Klage anstellen können. Denn daß der Bewohner, wenn er nicht selbst die Handlung begangen hat, hier allemal und durchgängig in culpa sein sollte, läßt sich, wenn man der Erfahrung und den Gesetzen der Vernunft nicht widersprechen,

1) §. 1. J. de obl. quae quasi ex del. nasc.

derſprechen, wenn man keine Unmöglichkeiten zu Pflichten machen will, keinesweges behaupten. Deswegen aber den Civilgeſetzen eine Unbilligkeit vorwerfen wollen, würde wiederum ſehr voreilig geurtheilt ſein. Sie beruhen nichts deſtoweniger auf ſehr vernünftigen Gründen; nur eine durchgängige culpa des Beklagten iſt der Grund nicht; obgleich die mehrſten Rechtsgelehrten die ganze Verordnung daraus herleiten. Unſtreitig hat der Wirth und Bewohner des Hauſes eher Gelegenheit den wahren Urheber auszufindigen, und an ihn ſeinen Regreß zu nehmen, als der Beſchädigte. Und iſt einmal dergleichen Geſetz vorhanden, wonach er für die Handlungen auch anderer Perſonen haften muß: ſo wird ihm dieß ein ſtarker Antrieb ſein, auf das Betragen derjenigen, denen er in ſeiner Wohnung Aufnahme und Zutritt geſtattet, ein wachſames Auge zu haben. Grund und Abſicht dieſer zur Beförderung der öffentlichen Sicherheit ganz unentbehrlichen Legislation rechtfertigen ſich dadurch vollkommen. Daß nun freilich manches Individuum hier ohne alles Verſchulden das Vergehen eines andern büßen müſſe, ohne je Hoffnung zu haben, eine Vergütung wieder zu erlangen, iſt eine Sache, welche dem Geſetzgeber, der nur auf das Ganze Rückſicht nimmt, und nehmen kann, gar nicht zur Laſt gereicht [2]). Allein eben darum, und weil der Beſchä-

2) L. 10. D. de legibus.

digte nicht verbunden ist, den Bewohner des Hauses als den Urheber oder Theilnehmer der Handlung anzuklagen, heist es in unsern Gesetzbüchern: Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia *plerumque ob alterius culpam tenetur*. Daher die Gesetze auch erlauben, daß der Wirth, wenn er selbst unschuldig ist, seine Entschädigung von dem eigentlichen Thäter fordern darf, wenn er ihn ausfündig machen kann [3]), so auch wenn von mehrern Beklagten einer das Ganze bezahlt, und die übrigen dadurch von der Klage befreiet hat [4]), obgleich sonst dergleichen Regreßklage denen nicht frei stehet, welche ihres eigenen facti illiciti halber in Anspruch genommen, und verurtheilet worden sind.

§ 20.

Ein anderer Fall, welcher darin von der Regel abweicht, daß auch derjenige, von dem wirklich noch gar kein Schade angerichtet worden ist, dennoch schon der bloßen Möglichkeit halber bestraft werden soll, wird dem vorigen an die Seite gesetzt. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, *quod potest, si ceciderit*, alicui nocere, quo casu poena decem aureorum constituta est. Und hierauf fährt der Gesetzgeber fort: Item exercitor nauis, aut cauponae, aut stabuli

3) L. 5. §. 4. D. *de his qui effud.*
4) L. 1. §. 10. L. 3. ibid.

ſtabuli de dolo aut furto quod in naui, aut caupona aut stabulo factum erit, *quasi ex maleficio* teneri videtur, si modo ipsius nullum eſt maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera nauem aut cauponam aut ſtabulum exercet. Im Grunde findet hier das nämliche Statt, was wir ſo eben von dem Bewohner eines Hauſes oder Zimmers, und deſſen Verbindlichkeit, für die Vergehung eines andern haften zu müſſen, erwähnt haben. Denn obgleich der exercitor nauis etc. manche Gelegenheit hat, die Treue ſeiner Leute zu prüfen, und es auch Pflicht für ihn iſt, hierauf mit aller Sorgfalt Bedacht zu nehmen; ſo läßt ſich doch nicht immer und in allen Fällen behaupten, daß er bei einem jeden durch ſie verübten Diebſtal ſchlechterdings in culpa ſei. Darum heißt es auch von ihm ausdrücklich: Quum neque ex maleficio, neque ex contractu sit aduersus eum conſtituta hic actio, et *aliquatenus* culpae reus eſt, quod opera malorum hominum hic uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. Mehrere Fälle in welchen die Klage quasi ex delicto hergeleitet wird, geben die Geſetze ſelbſt nicht an, und ich glaube durch die bisherige Erläuterung der unter dieſer Rubrik aufgeführten einzelnen Verbindlichkeiten nunmehr den daraus abſtrahirten Begrif hinlänglich gerechtfertigt zu haben, daß nämlich die obligatio quasi ex delicto nach dem ächten Sinn des Römiſchen Rechts ſolche

Handlungen voraussetze, welche an sich zwar erlaubt [1]); jedoch entweder nach den R der moralischen Imputation [2]), oder wenigstens nach sonstigen Vorschriften strengen Rechts [3]) diejenige Verbindlic

1

1) Ioch. Hopp comment. ad inst. Lib. IV. Tit. V 802. behauptet zwar das Gegentheil; und glaubt, „er solche Handlungen anzutreffen, welche an sich erlaubt sind. Wie aber, wenn der Richter litem suam macht, wenn jemand durch Herabwerfen oder Ausgiessen beschädigt, wenn im Schiffe, oder in der Herberge gestohlen wird; ist dieß etwa an sich erlaubt? Ich weiß nicht, was der gute Hopp dabei gedacht haben mag, wenn er hierauf antwortet: iudicare, ex coenaculo effundere, in se licitum est; inde ex facto in se licito, sed male adplicato, hic agitur. Ich denke, die üble Anwendung macht hier gerade das factum aus; denn wem ist es unbekannt, daß eine Handlung mit den Umständen, worunter sie geschehen ist, allererst das wahre factum ausmacht. Dan. Nettelbladt *systema elem.* iurispr. germ. comm. general. Halae 1781. §. 65. sequ.

2) Z. B. wenn der Wirth und Bewohner des Hauses oder Zimmers für die unerlaubte Handlung seiner Gäste, imgleichen der exercitor nauis etc. für das Vergehen seiner Leute haften muß. Woltaer beschränkt hierauf, wie wir oben bereits gesehen haben, den ganzen Begriff des sogenannten quasi delicti. Allein man kommt nicht damit aus, wie die folgende Note noch deutlicher ergeben wird.

3) Z. B. der Richter, welcher aus Unachtsamkeit gesetzwidrig verfährt. Ihn von aller moralischen Imputation frei zu sprechen, würde unstreitig zu weit gehen. Und hieraus ist klar, daß der Begriff, welchen Woltaer von der Sache angiebt, nicht völlig zutreffend sei, ob er gleich der Wahrheit viel näher kommt, als die gemeine Lehre.

Nimmt

nicht geradezu hervorbringen würden, welche durch besondere Verordnungen daraus entspringt.

§. 21.

Die bisherige Erörterung setzt uns in Stand, nunmehr die wahre und eigentliche Theorie der Römischen Rechtsgelehrten von Entstehungsart der Verbindlichkeit vollständig darzulegen. Die Haupteintheilung, wovon das ganze Lehrsystem ausging, war diese: Alle Verbindlichkeit gründet sich entweder a) in einem Contract, oder b) in einer unerlaubten Handlung, oder c) sie hat ausserdem ihr besonderes Fundament. Obligationes, so lauten die Worte des Gajus [1]) aut ex *contractu* nascuntur, aut ex *maleficio*, aut proprio quodam iure, ex variis causarum figuris. Die letztere Gattung faßt alle die Verbindlichkeiten in sich, wozu weder Contract, noch Verbrechen des Schuldners den Grund giebt. Einige besondere Unterarten dieser allgemeinen Classe ergeben sich durch nähere Bestimmung der Ursachen, welche ohne Contract und Verbrechen eine Obligation hervorbringen. Dieß geschieht entweder durch Gesetze unmittelbar, — oder es wird ein factum des Verpflichteten vorausgesetzt, und dadurch erst die Verbindlichkeit gegründet.

Nimmt man aber die Betrachtung, worauf wir durch die Vorschrift des strengen Rechts geleitet werden, zu Hülfe: so scheint die Sache genau berichtigt zu sein.

1) L. 1. D. de obligat. et action.

det. — Im ersten Fall ist eine obligatio ex lege — vorhanden, im zweiten aber kömmt es auf die verschiedenen Arten der Handlung an. Diese besteht nämlich entweder in einem bloß einseitig geschehene, nicht acceptirten Versprechen, als welches in einigen Fällen durch bürgerliche Gesetze vollkommen verbindlich erklärt worden — oder nicht, sondern in andern factis. Dort haben wir die obligationem ex voto et pollicitatione; hier aber kommen noch zwei Arten der einseitigen Handlung in Betracht, I. solche, die an sich erlaubt sind, mit einigen Contracten in einem gewissen analogischen Verhältnisse stehen, und schon nach der natürlichen Billigkeit ohne allen Vertrag oder Versprechen eine vollkommene Verbindlichkeit hervorbringen; II. solche Handlungen, die an sich zwar unerlaubt und sträflich sind, nur aber bald nach den Regeln der moralischen Imputation, bald nach Grundsätzen des strengen Rechts, dem nicht geradezu zur Last gereichen, welcher ohne weitern Unterschied dafür haften soll. — In jenem Falle hieß es eine obligatio quasi ex contractu, in diesem aber quasi ex delicto; wovon die nähern Gründe oben bereits entwickelt sind.

§. 22.

Wenn ich also zu den Verbindlichkeiten ex variis causarum figuris sowol diejenigen rechne, welche unmittelbar aus Gesetzen, als auch diejenigen, welche

quasi

quasi ex contractu, quasi ex delicto abgeleitet werden: so weiß ich wol, daß die mehrsten Juristen, welche sich mit Erklärung des Römischen Rechts beschäftigt haben, dieser Theorie entgegen sind, ob sie gleich unter sich mit dem proprio quodam iure ex variis causarum figuris, nicht einerlei Begriffe verbinden [1]). Allein keiner von ihnen hat mich durch über-

1) *I. H.* Böhmer de actionibus sect. 2. cap. 5. §. 5. will zu dieser Classe nur diejenigen Verbindlichkeiten gerechnet wissen, welche vermöge der natürlichen Billigkeit aus Gesetzen unmittelbar entspringen, nicht aber die sogenannten quasi contractus und quasi delicta. So urtheilen auch *I. O.* Westenberg diss. 2. de causis obligationum cap. 6. Püttmann Lib. 2. *aduersar.* iuris. uniuersi p. 161. Verschiedene andere Meinungen findet man beim Westenberg a. a. O. §. 4. Uebrigens können auch hiebei nachgelesen werden Plattner de usu legis Rhodiae de iactu in bello terrestri. Lips. 1762. *Bernh.* Walther Lib. 2. miscellan. Cap. 32. *I. L.* Conradi de iuuentiana condictione ad L. 32. D. de reb. cred. Marpurgi 1774. I. C. Woltaer Fasc. Imo. obseru. p. 89. Unsere Erklärung hat, was diesen einzelnen Punkt anbetrifft, neuerer Zeit in den **Juristischen Abhandlungen und Beobachtungen, herausgegeben von Meurer**, Leipzig 1780. Erste Samml. p. 17. sequ. ihren Vertheidiger gefunden. Daß aber, wie dieser behauptet, sonst noch kein Ausleger in den Worten: proprio quodam iure ex uariis causarum figuris dasjenige gelesen hätte, was darin liegt, kann man nicht annehmen. Schon **Accursius** ad L. 1. D. de *obl. et act.* Cuiacius *ibid.* und Nicol. Catharinus obs. et coniect. IV. 6. bei Meermann Thesaur. VI. 792, (welcher jedoch diese Worte für einen Zusatz des Tribonian halten

zeugende Gründe auf seine Seite lenken können. Denn wenn in unsern Gesetzen die Entstehungsart der Verbindlichkeit in folgenden Worten angegeben wird: obligatio nascitur aut ex contractu aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris: so deucht mir ist keine Erklärung natürlicher, als diejenige, daß überall da, wo eine Verbindlichkeit, die nicht ex contractu, nicht ex maleficio herrührt, vorhanden ist, der Fall eintrete, wovon es im allgemeinen heißt: proprio quodam iure ex variis causarum figuris. Ganz unstreitig gehören dahin auch die Verbindlichkeiten, welche unter der Bestimmung: quasi ex contractu, quasi ex delicto, vorkommen, weil sie gleichfalls in der That weder aus einem Contracte, noch aus einem Verbrechen des Verpflichteten herzuleiten sind, welches auch die Gesetze selbst bei jedem einzelnen Falle dieser Art angemerkt haben.

Die

halten will,) verstanden Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex delicto darunter. *Anton* Schulting *iurisprud. anteiust.* ad *Gaii instit.* II. 9. p. 144. sagt aber noch bestimmter: Sub illis, quae proprio quodam iure ex variis causarum figuris nascuntur, comprehendere videtur, tam quae *quasi ex contractu*, vel *quasi ex delicto* sunt, quam quae *ex lege*, *edicto*, vel *alio simili iure* nascuntur —. So auch *Pothier Pandect. Justin. Tit. de obl. et act.* Art. 2. §. 3. Alexander *ad Gaium* c. l. Hofacker elem. iur. ciu. p. 315. Auch sind nachzusehen *Joh. Jul.* Pressel *de variis causar. figur.* Jenae 1701. *Gottl.* Sturm de var. caus. fig. Vitemb. 1734. Just. Mühlpfort de var. causar. figur. Jenae 1674.

Die Idee der nachherigen Ausleger, daß der sogenannte Quasicontract durch mächtige Hülfe der Fictionen selbst eine Gattung der Verträge ausmache, folglich die daraus entstehende Verbindlichkeit zu denen, die aus Contracten entspringen, gleichfalls mit gerechnet sei, keinesweges aber zu den gedachten variis causarum figuris gehöre; diese Idee den Römischen Rechtsgelehrten selbst andichten wollen, würde sehr unrecht gegen sie gehandelt sein. Man lese die Fragmente des **Gajus**, worin er den Entstehungsgrund der Verbindlichkeit abhandelt, und welche in den Pandekten [2]) nach eben der Reihe und Folge rangirt sind, wie man sie in seinen Schriften selbst angetroffen hat; und man wird uns hierin beizupflichten kein Bedenken finden [3]). Wenn nämlich der Jurist

2) L. 1. 4. 5. D. *de obligat. et action.*

3) Die Inscription der erwähnten Gesetze bezeugt, daß L. 1 aus dem Lib. 2. aureorum, L. 4. und 5. aber aus dem 3ten Buche genommen worden sind; wiewol Conradi Parerg. p. 143. nicht ohne Grund anzunehmen scheint, daß auch cit. L. 1. aus dem dritten Buche aureor. entlehnt sei. Hiebei, und was überhaupt den wichtigen Grund anbetrifft, welchen selbst die Ordnung der einzelnen Fragmente aus Gaii Schriften im Titel de obligationibus et actionibus, für die Erklärung seiner Worte darbiethet, muß ich auf die gründliche Abhandlung eines gelehrten Freundes verweisen, der auch in dieser Materie zu meiner großen Freude mit mir nicht allein übereinstimmt, sondern auch die angenommene Lehre noch überzeugender darstellt. A. G. Cramer Disputt. iur. civ. Cap. 3.

rist zuvörderst an der ersten Stelle [4]) die Hauptquellen im allgemeinen angiebt: den Contract — das Verbrechen, und das besondere Fundament nach verschiedenen Verhältnissen der vorkommenden Fälle — ex variis causarum figuris, darauf aber jede dieser Quellen wieder einzeln durchgehet; und L. 1. §. 1. sequ. mit dem Contract den Anfang macht, dessen verschiedene Eintheilungen angiebt, ohne der Verbindlichkeiten quasi ex contractu mit irgend einem Worte dabei zu erwähnen, geschweige denn solche als Untergattungen dahin zu rechnen; wenn er darauf L. 4. von den Verbindlichkeiten ex maleficio redet; und dann erst, nachdem er alles dieses absolviret hat, die besondern Pflichten quasi ex contractu, und quasi ex delicto nachholt, solche auch in L. 5. mit einander verbindet; so ist wol nichts wahrscheinlicher, als daß er diese zu der allgemeinen Rubrik, ex variis causarum figuris, **wovon wir sonst keine besondere Erläuterung antreffen**, gerechnet habe. Der Verbindlichkeiten, welche aus Gesetzen unmittelbar entstehen, erwähnt zwar **Gajus** bei dieser Gelegenheit nicht ausdrücklich. Da er aber alles, was nicht aus Contracten und Verbrechen entsteht, zuletzt in eine Classe bringt: so ist es dem Sinne seiner Worte wenigstens nicht entgegen, wenn man auch die unmittelbare Verbindlichkeit unter den variis causarum figuris mit versteht. §. 23.

4) cit. L. 1. pr. D. de obl. et. act.

§. 23.

Im Ganzen glaube ich nunmehr, den wahren Sinn der im Römischen Rechte von Entstehungsart der Verbindlichkeit enthaltenen Grundsätze hinlänglich entwickelt zu haben [1]). Ich kann aber diese Materie nicht völlig verlassen, ohne vorher noch zweierlei angemerkt zu haben. **Erstlich**: Die bisher erläuterte Theorie der Römischen Rechtsgelehrten ist durch irrige Erklärung und Zusätze der Ausleger ungemein verwirret worden; es verlohnt sich daher wol der Mühe, diese Irrthümer, welche sich nicht bloß bei den Glossatoren erhalten, sondern bis auf unsere Zeiten noch immer ihre Vertheidiger gefunden haben, der Reihe nach kürzlich durchzugehen. **Zweitens**: Obgleich die Fehler der Ausleger dem Römischen Lehrsysteme an sich nicht zur Last gereichen: so ist doch das letztere selbst in diesem Stücke nicht von Mängeln frei, vielmehr in manchem Betrachte sehr unzulänglich, und wenigstens unserer Jurisprudenz gar nicht mehr angemessen; daher die Nothwendigkeit erfordert, den

1) Ich sage mit Fleiß im Ganzen. Was aber die besondere Erläuterung der Römischen Lehre von den eigentlichen Contracten und simplen Verträgen anbetrifft: so verweise ich deshalb auf *Christ. Fried. Georg* MEISTER dissert. *de in factum actionibus* Goett. 1748. Cap. I. §. 5. in dessen select. opusc. Tom. I. pag. 315; imgleichen auf *Joh. Gottl.* LANGSDORFII tract. *de pactis et contractibus Romanorum, et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate romano.* Manhemii 1777.

den Ursprung der Verbindlichkeiten auf richtigere Grundsätze zurückzuführen. Beides soll sogleich näher gezeigt werden.

§. 24.

Nichts konnte unschicklicher seyn, als 1) die Erklärung der Verbindlichkeiten quasi ex contractu durch den Satz: **daß die Gesetze den Consens der Parteien fingirten, und aus dieser angenommenen Erdichtung die ganze Verbindlichkeit entspringe** —. Schon verschiedene Rechtsgelehrte [1]) haben das Lächerliche dieser Fictionen nach Würden gerügt; vorzüglich aber hat der gedachte Irrwahn an dem berühmten Gottl. Gerh. **Titius** einen scharfen Gegner gefunden [2]). Und kaum sollte man

1) *Sam. de* Cocceii iure ciuil. controuers. Lib. II. Tit. XIV. Quaeſt. 12. *Wolr.* Burchardi Diss. causam principem quaſi contractuum non in consensu ficto vel praesumto, sed in solo facto licito esse ponendam. Herbornae 1759. Joh. Jac. Prehn Erörter. der Frage: Ob die Legitimation unehelicher Kinder ſich in einer römiſchen Erdichtung gründe? Roſtock 1777. *Joh. Gottl.* Langsdorf de pactis et contractibus Romanorum. Manhem. 1777. Cap. 9. §. 139. ſequ.

2) *Gottl. Gerh.* Titius diss. de fictionum romanarum natura et inconcinnitate. Lips. 1694. imgleichen in ſeinem Iure priuato rom. german. Lib. I. cap. 9. Nur darin geht dieſer Schriftſteller zu weit, daß er das Unding, welches er zur Ehre der geſunden Vernunft, aus unſerer Wiſſenſchaft wegwünſcht, dem Römiſchen Rechte ſelbſt, und nicht vielmehr den Auslegern deſſelben, denen wir es doch nur allein zu verdanken haben, zur Laſt legt.

man es möglich glauben, daß eine Meinung, welche von aller gesetzlichen Unterstützung ganz verlassen [3]), sich selbst widersprechend [4]), in aller Absicht ungegründet und ohne Nutzen ist [5]); noch immer in gang-

3) Man wird im ganzen Römischen Rechte nicht eine einzige Stelle antreffen, welche die erwähnte Art der Verbindlichkeiten aus einem fingirten Consens herleiten sollte. Was bewog also die Ausleger, einen in seiner Art höchst seltsamen Grund herbei zu rufen?

4) Selbst der Begriff, welchen die Ausleger von den gesetzlichen Fictionen angeben, hätte sie wenigstens in dieser Materie davon entfernen müssen. Wo ist die Möglichkeit beiderseitiger Einwilligung, welche doch nach dem Begriff der Fiction da sein müßte, wenn wir uns auf der einen Seite ein unmündiges Kind, einen Rasenden, oder Wahnwitzigen gedenken? oder fingiren etwa die Gesetze auch, daß das Kind schon mündig, der Wahnsinnige ad hunc actum gescheut gewesen? — Ueberdem giebt es hier verschiedene Fälle, wo die Verbindlichkeit sogar diejenigen trifft, welche nicht allein nicht consentirt, sondern in der That ausdrücklich dissentirt haben. L. 2. D. de tigno iunct. L. 14. §. 13. D. de religios. Daß nun jemand zugleich in eine und eben dieselbe Sache gewilligt und nicht gewilligt habe, ist ein Widerspruch, und eine Unmöglichkeit, die sich doch wol nicht fingiren läßt.

5) Wären die Fälle, welche hieher gehören, von der Beschaffenheit, daß sie ihrer Natur nach den wechselseitigen Consens zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit erforderten, und daß sie nur durch ganz specielle Vorschrift des bürgerlichen Rechts außer einem wirklichen Vertrag die verbindende Kraft überkommen hätten, so könnte man den Behelf der Fiction allenfalls gelten lassen. Nun aber wird man schon beim ersten Anblick überzeugt, daß es in allen

gangbaren Lehrbüchern sich erhalten könne [6]).

§. 25.

Man ist II) so weit gegangen, aus den oben erwähnten Rechtsfällen unter dem Nahmen der Quasicontracte und *quasidelictorum* [1]), eigene

allen diesen Fällen auf die Einwilligung desjenigen, dem die Verbindlichkeit obliegt, gar nicht ankommt; daß solche in keinem Betracht erforderlich ist, und daß folglich der fingirte Consens, worauf die Ausleger die Obligation zurückführen, nicht nur einen völlig unnützen, sondern auch offenbar falschen Grund der Verbindlichkeit abgiebt.

6) I. H. Boehmer *introd. in ius Digest.* tit. de pactis §. 15. Hellfeld Iurisprud. forens. §. 289. u. 307, wo besonders auch der consensus fictus als eine gesetzliche Ursache — (causa ciuilis) wodurch Verträge zu Contracten erhoben werden, aufgeführt wird: da doch einestheils die Gesetze solches gänzlich ignoriren, und anderntheils die Geschäfte, wobei man den fingirten Consens anzubringen pflegt, sicher keine Verträge sind. Daß man übrigens die Ausdrücke: consensus *fictus* und *praesumtus* synonymisch zu gebrauchen pflegt, ist eine sehr unschickliche Terminologie. Der letztere bezeichnet wol Sprachrichtiger die Fälle, wo die wirkliche Einwilligung zwar in facto nicht völlig erwiesen, aber doch den Umständen nach wahrscheinlich ist. Man denke sich nur das mandatum praesumtum; oder würde man dieß auch mandatum fictum nennen wollen? Ersterer hingegen soll in Fällen, wo es ausgemacht ist, daß gar keine wirkliche Einwilligung geschehen, ja wo diese oft nicht möglich ist, dennoch von den Gesetzen angenommen werden. Das kann man doch wenigstens nicht praesumtum nennen.

1) Ueber den bloßen Ausdruck: quasicontractus, quasidelictum, würde ich kein Wort verlieren, wenn es hier allein

eigene Gattungen von Verträgen und Verbrechen zu machen, und die Eintheilung in

 wahre

allein nur auf Grammatische Richtigkeit ankäme. Ist es doch überhaupt in unserer Wissenschaft und den Schriften der Rechtsgelehrten gar nicht selten, daß der ächte lateinische Ausdruck durch Worte und Redensarten, die dem Genie der Sprache entgegen sind, fast ganz verdrungen wird. Warum wollte man grade nur gegen den Quasicontract und das Quasidelictum so intolerant sein? Wenn die Sache die dadurch bezeichnet werden soll, und die Idee, welche man mit jenen Worten verbindet, an sich nur richtig ist: in verbis simus faciles. Allein, da dieses eben hier der Fall gar nicht ist; — da die unschickliche Terminologie dem irrigen Begriffe, welcher nach und nach in die Systeme der Rechtsgelahrtheit eingeschlichen, ja am Ende fast herrschend geworden ist, immer mehr zur Nahrung dient, — da man zur Zeit noch weniger Lehrbücher von dem Fehler gereinigt finden wird, dessen **Woltaer** in folgenden Worten gedenket: Ante omnia notes velim, dictionem quasi contractus, quasi delicti in toto iure non reperiri, sed a doctoribus esse adinuentam; noua et olim non exaudita inflexione, quae alios deinde induxit incautiores, ut quasicontractum nescio quam contractuum et pactorum speciem putarent. *Obseru.* iur. ciuil. Tom. I. p. 111. —, so wird es nicht ganz überflüssig sein, die Ungereimtheit der gedachten Terminologie etwas näher ins Licht zu setzen. Wer inzwischen an Untersuchungen dieser Art keinen Geschmack findet, wer sein juristisches Studium bloß auf Küche und Keller einschränkt, dem will ich die quasicontractus, quasidelicta, den quasiusumfructum, die quasipossessionem, quasi traditionem etc., wobei er und seine Vorgänger sich wol befunden haben, gern ungekränkt lassen. Es fehlt aber auch selbst unter unsern besten Civilisten nicht an solchen, welche die

wahre und Quasicontracte, in wahre und Quasidelicta zu erschaffen, welches desto feh-

obige Art des Ausdrucks in ihren Schutz nehmen, und obgleich die Gesetze selbst von quasi contractibus, quasi delictis etc. etc. gar nichts wissen, dennoch solche dem Redegebrauch des Römischen Rechts ganz angemessen finden. Kommt nicht, sagen sie, im Römischen Rechte eine quasi possessio L. 10. D. Si seruit. vind., ein quasi ususfructus §. 2. I. *de usufr.* — ein peculium quasi castrense, §. ult. I. de test. mil. — eine actio quasi seruiana, §. 7. I. de action. — ein quasi pignus L. 13. §. 8. D. de act. emt. et vend. — ja sogar ein quasi maritus L. 32. §. 27. D. de donat. int. V. et V. und mehr dergleichen häufig vor? Allein, bei genauer Nachlese, und Prüfung der erwähnten Stellen findet man sogleich, daß das Wörtgen quasi immer nur in gewisser Verbindung der Rede ganz für sich, und als Partikel gebraucht, keinesweges aber in der Maße einem andern Worte vorgesetzt sei, daß durch solche Verbindung ein eigenes Substantivum gebildet werde. Die Texte also, worin die erwähnte Partikel gar nicht einmal dem Subjecte, sondern vielmehr dem Prädicate vorstehet, entscheiden augenscheinlich gar nichts wider uns. Der Ausdruck: actio quasi seruiana, peculium quasi castrense, giebt sicher, denen wenigstens, die nur irgend mit der Sprache bekannt sind, keinen analogischen Grund, um grammatisch richtig sagen zu können: der quasi contractus, das quasi delictum. Man lese ferner die Schriftstellen, worin eine quasi possessio, ein quasi ususfructus etc. vorkommen soll, mit einiger Aufmerksamkeit durch; um den Werth oder Unwerth dieses Einwandes richtig zu bestimmen. Wenn in L. 10. D. Si Seruit. vind. gesagt wird: diuturno usu quis, et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus est; so siehet ein Jeder, daß hier die Partikel quasi gerade

so

fehlerhafter ist, je weniger die Gesetze selbst solche Eintheilung billigen, und je weniger sie nach der Natur der Sache und den Regeln der Vernunftlehre sich irgend vertheidigen läßt —. Denn wenn die Rechte verordnen, daß diese oder jene Handlung auch ohne Vertrag so gut verbinden soll, als ob ein Contract unter den Parteien eingegangen wäre: so erklären sie doch sicher die Handlung nicht selbst für eine Gattung von Verträgen [2]); wenn der Gesetzgeber bestimmt, daß diese

so gebraucht worden, wie wir sie in der Inscription des Titels der Institutionen de obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur, antreffen. Der Jurist sagt: longa quasi possessione — nicht aber per quasipossessionem longam, oder ex quasipossessione longa. Grade so verhält sich die Sache auch mit den übrigen Gesetzstellen, worauf man sich zu berufen pflegt. Kurz, so wunderlich es sein würde, wenn Jemand aus den Worten des Cicero Orat. in Verr. II. 187.: Repente adspicimus lituras eiusmodi, *quasi vulnera* tabularum recentia, ein quasi vulnus bilden wollte: so seltsam sind auch die von den Auslegern angenommenen quasi contractus, quasi delicta, und mehrere dergleichen Ausdrücke.

2) Man beruft sich zwar, um die ältern Juristen in diesem Stück für sich zu haben, vorzüglich auf die Worte Paulli L. 16. D. *de negot. gest.*: Quum aliquis negotia mea gerit, non multa negotia sunt, sed *unus contractus.* Nisi ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet, hoc enim casu, si noua voluntate aliud quoque aggredi coeperit; *alius contractus est* — imgleichen des Ulpian L. 23. D. de Reg.

oder jene an sich nicht erlaubte Handlung wider denjenigen eine Klage hervorbringen soll, welcher oft gar nicht

Reg. iur.: *Contractus quidam* dolum malum duntaxat recipiunt, quidam dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium, dolum et culpam mandatum — *tutelae* et *negotia gesta*. Es gewinnet in der That das Ansehen, daß an diesen Stellen die Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Principals, imgleichen die Führung einer Tutel, den Verträgen als Unterarten beigezählet werden. Allein, zuvörderst ist eben dasjenige, was der Kaiser Justinian vom Niesbrauch solcher Dinge, die durch Gebrauch consumirt werden, erinnert: Non fecit quidem Senatus earum rerum usumfructum; *nec enim poterat*; §. 2. I. de usufructu, auch hier anzuwenden. Ein Geschäfte, welches seiner Natur nach kein pactum ist, zu einer Gattung von Verträgen zu machen, ist weder in den Kräften, noch je die Absicht der Römischen Rechtsgelehrten gewesen. Der von ihnen gebrauchte Ausdruck: contractus ist bei weitem noch nicht hinreichend, um ihnen diesen Sinn mit Grunde beilegen zu können, oder man müßte die mancherlei Bedeutungen, welche gedachtes Wort bei ihnen hat, gänzlich verkennen. Voet Comment. ad Pandectas Tit. de donationibus, 32. Nicht immer werden Verträge, sondern häufig alle übrige Arten verbindlicher Handlungen, selbst die unerlaubten mit eingeschlossen, durch *contractus* bezeichnet. Eben der Paullus, dessen oben angeführte Worte uns entgegen zu sein scheinen, erklärt sich selbst an einer andern Stelle: L. 20. D. de iudiciis, dahin: *Omnem obligationem pro contractu habendam esse;* ut ubicunque aliquis obligatur, et contrahi videatur, quamuis non ex crediti causa debeatur. Hieher gehören aber auch die Worte des Tryphoninus L. 52. D. de re iud.: Si rerum amotarum cum viro agatur, in solidum condemnari debet, quoniam

nicht daran schuld ist; so wird dadurch die Handlung in Ansehung seiner noch nicht sogleich selbst eine Art von Verbrechen, noch auffallender ist der Irrthum, welcher bei diesen Eintheilungen obwaltet, wenn man solche nach den Regeln der Vernunftlehre etwas genauer zu prüfen sich die Mühe nimmt. Es kommen Unterarten zum Vorscheine, welche grade das Gegentheil von der Hauptgattung sind. Man denke sich einen Vertrag, und man muß schlechterdings eine wechselseitig erklärte Einwilligung voraussetzen; Man denke sich aber einen Vertrag ohne beider Theile Consens, ohne Versprechen, folglich auch ohne Annahme desselben; und man denkt — einen Widerspruch der ersten Größe. Gehen wir die sogenannten Quasicontracte der Reihe nach durch: so treffen wir überall Handlungen an, bei denen weder ein Versprechen noch

quoniam ex *malo contractu* actio oritur, — imgleichen des **Marcianus** L. 15. D. *de donat.*: post *contractum crimen* capitale donationes non valent, — wie auch des **Papinian** L. ult. D. de accusat.: apud eos accusator, apud quos *crimen contractum* ostenditur. Wie wenig also die gemeine Lehrart auf den Beifall der Römischen Gesetze und Rechtsgelehrten zu rechnen habe, ist hieraus abzunehmen; da einestheils der vorgebliche consensus fictus sich nirgend bestätigt findet, anderntheils aber der Ausdruck, *contractus* und contrahere, in Rücksicht auf seinen weitläuftigen Umfang, schlechthin keinen Grund abgiebt, zu behaupten, daß die Juristen jede Handlung, wobei sie sich dessen bedienen, als eine Gattung von Verträgen angesehen hätten.

weniger eine Acceptation vorhanden ist. Was wird also aus der Hauptgattung, deren Wesen auf Dinge beruhet, die den Unterarten gänzlich ermangeln? Was wird aus der Species, die das Wesen des Genus nicht hat? — — — . Nach der Natur eines Verbrechens ist nur derjenige daraus verpflichtet, der sich der Uebertretung eines Strafgesetzes schuldig gemacht hat. Wenn aber der Bewohner eines Hauses oder Zimmers, der exercitor nauis etc. etc. nach Vorschrift der Gesetze für eine fremde Handlung büßen muß, ob er gleich zeigen kann, und will, daß er selbst für seine Person weder mit Vorsatz, noch aus Fahrlässigkeit Theil daran genommen habe, so kann der Grund seiner Verbindlichkeit allein nur aus Verordnung der Gesetze hergeleitet, nicht aber in einem von ihm begangenen Verbrechen gesetzet werden.

§. 26.

III.) **Man setzt gewöhnlich den ganzen Unterschied der Verbindlichkeiten, welche aus einem wahren Verbrechen entspringen, und derjenigen, welche *quasi ex delicto* Statt finden, darin, daß jene aus einem sträflichen Vorsatze, diese hingegen aus Fahrlässigkeit herrührten;** eine Theorie, welche dem Sinn des Römischen Rechts grade entgegen ist. Weil aber das Irrige derselben bereits oben dargelegt, und zugleich der wahre Begriff, so wie ihn die Gesetze selbst an Hand geben, ent-

entwickelt ist, so darf ich mich hier einer Wiederholung füglich überheben.

§. 27.

IV.) Obgleich das Römische Gesetzbuch selbst nicht den geringsten Anlaß giebt, die Zahl der Verbindlichkeiten *quasi ex contractu* und *quasi ex delicto* außer den wörtlich genannten Fällen noch mit mehreren zu verstärken, wol aber die triftigsten Gründe vorhanden sind, diese Art der Verbindlichkeiten nur auf die einzelnen Fälle, welche das Gesetz ausdrücklich dahin rechnet, einzuschränken: so haben die Ausleger dennoch von Zeit zu Zeit immer mehrere Geschäfte und Handlungen dahin gerechnet, die doch weder ihrer Natur und Beschaffenheit, noch den Gesetzen nach je dahin gehören ——. Daß Geschäfte, wo zum wenigsten ein stillschweigender Vertrag Statt findet; in keinem Betrachte zu den sogenannten Quasicontracten gezählt werden können, leidet selbst nach der gewöhnlichen Erklärung keinen Zweifel; indem man sonst wider den Inhalt der Gesetze [1]) das tacitum mandatum mit der negotiorum gestione vermengen würde; nichts desto weniger wird die Verbindlichkeit, welche den Gastwirthen ꝛc. wegen Aufnahme fremder Sachen und

1) L. 18. D. Mandati L. 4. pr. D. pro Socio. Westenberg Diss. 2. *de causis obligat.* Cap. 3. §. 17.

Güther obliegt, von verschiedenen Gelehrten aus einem sogenannten Quasicontracte hergeleitet [2]); ohne zu bedenken, daß im Ganzen das Rechtsverhältniß der Parteien sich hier unstreitig auf einen wahren, wo nicht ausdrücklich: doch stillschweigend — ipso facto receptionis — geschlossenen Vertrag gründet, was man doch bei den Verbindlichkeiten quasi ex contractu nicht antrifft [3]). Und wenn auch aus dem Geschäfte an sich betrachtet, aus der Handlung des Gastwirths, welcher die Sachen bei sich aufnimmt, die Verbindlichkeit in dem Umfange, wie sie der Prätor bestimmt hat, nicht folgen würde: so ist doch bloß darum, weil der Prätor nur die Wirkung eines wahren Contracts erweitert, und zu dem Ende eine besondere Klage gestattet hat [4]), sicher noch kein Grund vorhanden

2) Richter *de actione in factum ex quasi contractu receptionis.* Cocceii iure controu. Tit. Nautae caup. Quaest. 1. und daselbst Emminghaus nota a.

3) Nautae enim, caupones, stabularii dum suam exercent professionem, securitatem *ipso facto promittunt*, quam per illationem rerum suarum *intendunt peregrinantes.* Habes igitur *utriusque consensum* facto declaratum, qui *conuentionem tacitam* constituit. *J. A.* Helfeld iurisprud. forens. §. 486.

4) L. 3. §. 1. D. Nautae, caup.: Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria videndum, quia agi ciuili actione ex hac causa poterit. Si quidem merces interuenerit, ex locato vel conducto — si gratis susceptae sint, ait Pomponius depositi

haben, diese Verbindlichkeit zu denen quasi ex contractu zu rechnen. Die Römischen Rechtsgelehrten wissen zwar von Verbindlichkeiten der Gastwirthe quasi ex *delicto*, aber daß auch jenes ihrem Sinne gemäß gewesen sein sollte, finden wir nicht. Obgleich die Gesetze ausdrücklich nur die Verbindlichkeit des Erben zur Bezahlung der Vermächtnisse unter diejenigen obligationes zählen, quae quasi ex contractu nascuntur, daß er hingegen die Schulden des Erblassers berichtigen müsse, bekanntlich aus ganz andern Gründen zu erklären ist [5]); so haben doch einige Rechtslehrer kein Bedenken gefunden, auch die letztere Verbindlichkeit des Erben auf eben den Entstehungsgrund, welchen die Gesetze in Ansehung der

depositi agi potuisse. Miratur igitur cur honoraria actio sit inducta: cum sint ciuiles? nisi forte inquit ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in depoſito dolus duntaxat praestatur; at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit.

5) L. 49. D. de O. et A. Nov. 48. praef. in den Worten: Cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis, et eius, qui in eum transmittit hereditatem. L. 2. §. 2. D. de V. O. L. 59. D. de Reg. iur. Westenberg princ. iur sec. ord. Instit. Lib. III. Tit. XXVIII. §. 21. Hoepfner elem. iur. ciuil. Heinecc. §. 997. not. *.

Vermächtniſſe angeben, zurück zu führen. [6]) Mehrere Beiſpiele ſolcher gegen den wahren Sinn des Römiſchen Rechts vorgenommenen Ausdehnung hat **Joh. Oriw. Weſtenberg** [7]) angeführet, und unter andern auch die gemeine Lehre, wornach die Litiscontestation unter die Quaſicontracte gerechnet wird, aus guten Gründen beſtritten [8]). Man denke nicht, daß dieſes alles nur auf theoretiſche Spitzfindigkeiten hinausgehe; es hat allerdings auch praktiſchen Nutzen, wovon folgendes Beiſpiel zeugen mag. Die Juriſten ſtreiten bekanntlich ſehr darüber, ob dem Fiscus, in Anſehung der Geldſtrafen und Inquiſitionskoſten, ein Geſetzliches Pfandrecht zuſtehe? Diejenigen, welche dieſe Frage verneinen [9]), gründen ſich zwar vorzüglich darin

6) Hofacker Institut. iur. rom. §. 360. in den Worten: Tenetur heres quasi ex contractu tam *ad suscipiendas obligationes defuncti*, quam ad implendam voluntatem eiusdem.

7) Diss. 2. de caus. oblig. Cap. 3. §. 22. sequ.

8) Anfänglich beſtand dieſe gerichtliche Handlung in einer Stipulation, mithin in einem wahren Contracte; und obgleich in der Folge unter den Kaiſern der ſolemne Ritus abgekommen iſt: ſo finden wir doch in keiner Stelle des Römiſchen Rechts den ſogenannten Quaſicontract dafür ſubſtituiret. Peretz Comment. ad Codicem Tit. de litis contestatione. Winkler de discrimine litis contestationis antiquae et hodiernae; in eiusdem opusculis minoribus I. 2. 239.

9) Ludovici Diss. de hypotheca tacita fisci propter debita ex delicto. Peretz Prael. ad cod. Lib. X. Tit.

darin, weil kein ausdrückliches Gesetz vorhanden ist, welches dem Fiscus das erwähnte Recht nahmentlich ertheilte, außerdem aber keine Legalhypothek Statt fände. Jedoch den Hauptgrund, welchen ihre Gegner [10]) für sich anführen, daß nämlich die Litiscontestation,

Tit. VII. n. 5 *Joh.* Voet Comment. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 9. Westphal vom Pfandrechte §. 75.

10) Carpzov P. IV. Const. 13. Def. 14. n. 16. Lyncker Respons. 107. n. 24. Leyser Spec. 90. Med. 10. Helfeld Diss. de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis, Jenae 1771. §. 9. in opusc. pag. 237.

Da die Sache inzwischen immer noch streitig ist: so verdient sie, ihrer Wichtigkeit wegen, allerdings durch eigene Gesetze eine gewisse Bestimmung zu erhalten. Folgende Kabinetsverfügung des größten Monarchen unserer Zeit kann darin zum Muster dienen: Mein lieber geheimer Etats-Minister von Horst! Ihr habt aus der abschriftlichen Anlage mit mehrerm zu ersehen, was auf meine Ordre der Etatsminister von Münchhausen wegen der von den Accisegerichten zu Breslau dem dortigen insolventen Kaufmann Weidner, einer begangenen Accisefraudation halber, dictirten Geldstrafe von 5176 Rthlr. an Mich berichtet hat. Da es nun ganz recht ist, daß eine Geldstrafe sogleich, als sie nicht dem Schuldigen selbst zum Verlust gereichet, in Leibesstrafe verwandelt werden muß; indem sonst gegen Kaufleute, so übel stehen, die Geldstrafen ihren gesetzlichen Endzweck verfehlen, und die Geldstrafe nicht sie, sondern ihre unglückliche Creditoren trifft: So befehle Ich hiedurch, daß ihr von Meinentwegen die Accisegerichte zu Breslau anweisen sollet, daß zwar die verschwiegene Accise, welches der eigentliche Verlust der Accisecasse ist, aus der Weidnerschen Masse bei-

testation, als Quasicontract das Pfandrecht des Fiscus um so mehr begründe, je gewisser ihm solches überhaupt in dem Vermögen derjenigen, welche einen Vertrag mit ihm geschlossen haben, zustehe —, diesen Grund gradezu anzufechten, haben sie nicht wagen mögen, ob er gleich in der That nichts weniger als richtig ist.

§. 28.

So weit von den Irrthümern der Ausleger, welche freilich dem Römischen Rechte selbst nicht zur Last gereichen. Es kann inzwischen nicht geleugnet werden, daß in dieser Lehre von den Römischen Rechtsgelehrten ohne Noth Subtilitäten eingeführet worden, welche der Wahrheit mehr nachtheilig, als vortheilhaft sind. Der ganze Umweg, da, wo kein Vertrag oder wirkliches Verbrechen vorhanden ist, dennoch die Verbindlichkeit mit einem *quasi* ex contractu — *quasi* ex delicto zu stempeln, dient im Grunde zu Nichts, als die Sache zu verwirren, und richtige Erkenntniß derselben zu erschweren. Unstreitig ist es daher weit schicklicher, den wahren Entstehungs-

beigetrieben, die Geldstrafe aber, weil sie nur die unschuldigen Creditoren treffen würde, in eine deren hohem Betrag proportionirte Leibesstrafe des Defraudanten verwandelt werden soll ꝛc. ꝛc. Potsdam, den 5ten November 1765. Friederich.

Beiträge zur juristischen Litt. in den Preußischen Staaten, 2te Samml. p. 147.

hungsgrund geradezu anzugeben, folglich die erwähnten Verbindlichkeiten bald aus Gesetzen **unmittelbar**, bald aus **einseitigen** Handlungen herzuleiten. Es fehlt auch selbst im Römischen Rechte nicht an Beispielen, wo diese Methode ohne weitern Umschweif befolgt worden ist, welches die Verbindlichkeiten ex statu personali, ad exhibendum, ex pollicitatione, ex pauperie, ex alienatione iudicii mutandi causa facta, ex mala fide eius, qui dolo desiit possidere, ex capite restitutionis in integrum u. d. m. [1]) zur Genüge bestärken. Wenn also der Kaiser **Justinian** [2]) den Lehrlingen der Jurisprudenz die Sache so vorträgt: Obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio — Wie mangelhaft ist diese Theorie! Denn wo bleiben die Verbindlichkeiten, welche unmittelbar aus Gesetzen und aus solchen Handlungen entspringen, welche zu keiner von den gedachten Classen gerechnet werden können? [3])

Gajus

1) Westenberg Diss. III. sequ. de causis obligationum.

2) §. ult. I. *de obligat.*

3) Die Ursache, womit man diese Lücke rechtfertigen will, daß nämlich grade nur von den genannten Arten der Verbindlichkeit in den Institutionen die Rede sei, dient mehr, den Fehler zu vergrößern, als zu entschuldigen. Wenn auch in den ersten Anfangsgründen des Civilrechts nicht alle besondere Verbindlichkeiten selbst abgehandelt werden sollen:

Gajus verbeſſert die Sache durch den allgemeinen Zuſatz: aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris [4]), keinesweges. Seine Lehre bleibt immer noch ſchwankend und unbeſtimmt, und ſagt im Grunde wenig mehr, als: alle Verbindlichkeiten entſtehen entweder aus Verträgen oder aus Verbrechen, oder aus andern Gründen —; das letztere iſt freilich von ſolchem Umfange, und ſo unbeſtimmt, daß man bei den Worten, wie ſie da ſtehen, wenig oder gar nichts ſolides denken kann —. Aber auch gewiß nicht Modeſtinus, welcher die Materie zwar ſehr umſtändlich, aber eben darum noch ungleich ſchlechter als Gajus vorträgt. Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut peccato [5]). Denn da der Fall, wo die Verbindlichkeit ex re entſtehet [6]), einmal bei allen unerlaub-

ten

ſollen: ſo muß doch die allgemeine Angabe von den Entſtehungsgründen der Verbindlichkeit nicht mangelhaft, folglich ganz unrichtig ſein.

4) L. 1. D. *de oblig. et act.*

5) L. 52. D. eod. Bei der Vergleichung, welche Donell *Comment. iur. ciu. XII.* 5. zwiſchen beiden Rechtsgelehrten anſtellt, mußte Modeſtin natürlich ſehr verlieren.

6) Der Ausdruck: re contrahitur obligatio, bezeichnet in der Sprache des Römiſchen Geſetzbuchs, wie die in den folgenden Noten angeführten Stellen deutlich erweiſen, überhaupt die Fälle, wo das Daſein, und die völlige Wirkſamkeit einer Obligation ſchlechterdings körperliche Handlung

ten Handlungen [7]) — zweitens bei gewissen Arten der Verträge [8]) — drittens bei den Verbindlichkeiten quasi ex contractu [9]) — eintritt: so würde der gute **Modestinus** die Sache weit schicklicher behandelt haben, wenn er die eigentlichen Quellen der Verbindlichkeit — Gesetze — Verträge — und einseitige Handlungen selbst angegeben, und solche danächst nach ihren Unterarten weiter bestimmt hätte. Wiederum ist die Distinction: aut verbis obligamur, aut consensu, da, wo von der Verbindlichkeit überhaupt gehandelt wird, nicht am rechten Orte, weil sie nur eine besondere Gattung, den Contract nämlich, weiter determiniret. Aus eben dem Grunde genügt es auch, bei den unmittelbaren Verbindlichkeiten das Gesetz überhaupt als die Quelle anzugeben, in der Folge aber die verschiedenen Theile des Rechts, ius scriptum et non scriptum, ius ciuile stricte sic dictum

Handlung voraussetzet, wo ein Versprechen, etwas thun zu wollen, entweder gar nicht erfordert wird, oder allein nicht hinreicht, sondern ein factum, eine Leistung oder Empfang, vorauf gehen muß.

7) Pr. I. de obl. quae ex del nasc.: obligationes ex maleficio omnes unius generis sunt; *nam omnes ex re nascuntur.*

8) L. 1. §. 1. 2. D. de Oblig. et act.: obligationes ex contractu *aut re* contrahuntur, aut verbis, aut consensu. *Re* contrahitur obligatio mutui *datione.*

9) §. 1. I. *Quibus modis re contr. obl.:* Is quoque qui non debitum *accepit* bona fide ab eo, qui per errorem soluit, *re obligatur.*

dictum et honorarium, in Betrachtung zu ziehen —. Die necessitas, welche **Modestinus** als eine eigene Quelle der Verbindlichkeit angiebt, ist im Grunde allen Obligationen gemein, und scheint nur darum angehängt zu sein, um, was sich auf die übrigen Entstehungsgründe nicht immer reduciren läßt, unter dieser allgemeinen Rubrik zusammen zu fassen. Er selbst erklärt sich wenigstens dahin: Necessitate obligantur, quibus non licet, aliud facere, quam quod praeceptum est. Das, denke ich, ist der Fall bei allen und jeden vollkommenen Verbindlichkeiten.

§. 29.

Es ist bereits oben angemerkt worden, daß die Römischen Juristen, wenn sie von Entstehung der Verbindlichkeiten handeln, sich lediglich darauf einschränken, die Quelle solcher Rechte und Verbindlichkeiten anzugeben, welche in bürgerlichen Gerichten **klagbar** sind, welches aber bei näherer Prüfung schwerlich zu billigen sein dürfte, weil selbst das Justinianische Gesetzbuch eine Menge Rechte und Verbindlichkeiten aufzählet, die zwar keine Klage hervorbringen, jedoch die übrigen Wirkungen, z. B. Exception und Compensation, allerdings behaupten, folglich sogar in foro gleichfalls geltend werden können. Ergiebt sich nun hieraus, schon in Beziehung auf das Römische Recht selbst, und dessen Vorschriften, gewisser Maßen eine Unvollständigkeit: so fällt es noch

mehr

mehr in die Augen, daß die Theorie der Alten heutiges Tages gar nicht mehr anwendlich sei, indem bei uns die gerichtliche Wirkung der Verbindlichkeiten auf ganz andern Grundsätzen beruhet. Es ist hundert und mehrmalen gesagt worden, daß die Feierlichkeit bloßer Worte und Formeln in Deutschland nie ein wesentliches Requisit der Rechtsgeschäfte geworden ist, — daß bei uns die Verträge, so wie sie ein natürlich vollkommenes Recht bewirken, eben so auch in bürgerlichen Gerichten eine Klage hervorbringen, — daß die ganze Veranlassung, wodurch der Römische Jurist bewogen ward, alle Rechte und Verbindlichkeiten, so viel möglich, auf Contracte und Verbrechen zu reduciren, bei uns hinwegfällt. — Was kann uns also bewegen, dessen ungeachtet noch die sogenannten Quasicontracte ꝛc. beizubehalten, da doch die Beschaffenheit unserer Rechtsgeschäfte zu sehr auf einen andern Fuß gestellet ist, als daß nicht die Anlage unsers Rechtssystems durchaus fehlerhaft sein müßte, wenn wir die Summe aller Rechte und Verbindlichkeiten auf Verbrechen und Contracte, welche letzteren wir ohnehin im eigentlich Römischen Verstande gar nicht mehr haben, zurückleiten wollten. Den Römischen Juristen ist es nach dem Zeitalter, worin sie lebten, nach der ganzen übrigen Einrichtung ihrer Rechtswissenschaft, und der Philosophie, deren jedesmalige Cultur allen Wissenschaftlichen Werken in

allen Fächern gleichsam den Ton giebt, zu verzeihen, daß die Lehre de causis obligationum von ihnen grade die Einkleidung erhielte, welche wir in ihren Fragmenten vorfinden, und welche dem Justinianischen Rechte zur Grundlage dient. Wir nehmen aber das Fundament, worauf ihr Lehrgebäude sich stützet, nicht mehr an; und bedürfen mithin aller nach und nach daraus entstandenen Subtilitäten gar nicht. Nichts kann und darf uns daher abhalten, die Entstehungsart der Verbindlichkeiten da, wo in der That keine Verträge und Verbrechen sind, geradezu auf unmittelbare gesetzliche Vorschrift, oder auf einseitige Handlungen zurück zu führen, ohne zu irgend einer subtilen Wendung, noch weniger zu den leidigen Quasicontracten ꝛc. ꝛc. unsere Zuflucht nehmen zu dürfen. Man sollte also den angehenden Rechtsbeflissenen zwar die ächte Theorie des Römischen Rechts in dieser Hinsicht, unter gehöriger Rüge der irrigen Zusätze, wodurch die Ausleger die Sache noch mehr verunstaltet haben, bekannt machen, hiernächst aber die innern Fehler, und das Unanwendliche derselben zu unsern Zeiten nicht unbemerkt lassen, und vorzüglich in den Lehrbüchern der sogenannten Iurisprudentiae forensis die wahre Beschaffenheit der Sache genau entwickeln. Hier sind die ersten Grundzüge eines Plans [1]), wonach,

1) Ich bin es schuldig, vor allen Dingen den berühmten Gelehrten

wonach, wie ich glaube, die Materie am schicklichsten abzuhandeln wäre.

§. 30.

Nach dem Begriffe, welchen wir oben zum Grunde gelegt haben, ist es ausgemacht, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten zuletzt aus Gesetzen herrühren. Versteht es sich auf der einen Seite von selbst, daß der Ausdruck: Gesetz, hier nicht zu eingeschränkt genommen werden müsse, so ist es auch auf der andern Seite nicht nothwendig, ihn zu sehr auszudehnen, um die Richtigkeit unsers Satzes zu retten. Die positiven Gesetze, welche da nur anfangen, wo das Naturrecht aufhört, schweigen bei unzähligen Vorfällen des bürgerlichen Lebens, und sind also nicht allein die Quelle vollkommener Rechte und Verbindlichkeiten. Nehmen wir aber das Gesetz in dem Verstande, daß es sowohl das natürliche, als das bürgerliche Recht in sich begreift: so ist unsere obige Behauptung nicht allein der Wahrheit gemäß, sondern ich halte es auch nothwendig, in Entwickelung der ganzen Sache von diesem Standorte auszugehen. Der angeführte

Gelehrten zu nennen, dessen Anleitung ich mir dabei im Ganzen habe zur Richtschnur dienen lassen. Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit. Magdeb. 1777. Ob ich in verschiedenen Puncten mit Recht von ihm abgegangen bin, manche Verbindlichkeit richtiger classificiret, manchen Begriffen mehrere Deutlichkeit verschafft habe, will ich gern dem geneigten Leser zur fernern Prüfung anheim geben.

Rechtsgelehrte findet es aber schicklicher, die Regel, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten aus Gesetzen entspringen, gänzlich aus unserer Wissenschaft zu vertilgen, und an deren Stelle folgende Ursachen anzugeben. Wir erlangen Rechte, und machen uns verbindlich, entweder durch unsere Handlungen selbst — und zwar bald durch einseitige — erlaubte, oder unerlaubte Handlungen — bald durch Verträge — —; oder durch Gesetze, welche uns unmittelbar ein Recht geben, oder Verbindlichkeiten auflegen. „Wenn man „aber," fügt er hinzu, „das Gesetz in einem weitläuf„tigen Verstande nimmt, und darunter eine jede Re„gel versteht, der nachgelebt werden muß; mithin „einseitige Handlungen und Verträge auch als Ge„setze angesehen werden: so ist gegen den Satz, daß „alle Rechte und Verbindlichkeiten aus Gesetzen ent„springen, nichts einzuwenden." r) — Ich glaube nicht, daß es einer Ausdehnung in diesem Grade bedürfe, um den Satz gegen alle Einwendung zu sichern; ich halte vielmehr dafür, daß die Lehre, welche Gesetze und Handlungen gleichsam als verschiedene Quellen der Verbindlichkeit einander entgegen setzet, viel Unbequemes mit sich führe. Denn so viel ist gewiß, daß keine Handlung an sich und allein betrachtet, Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt, wofern wir uns nicht eine Vorschrift und Regel gedenken, wonach

r) Versuch über die Rechtsgelahrtheit pag. 17.

nach die Handlung einen solchen Erfolg hat. Diese Vorschrift mag nun vom bürgerlichen Gesetzgeber herrühren, oder dem Naturrechte 2) angehören: so ist und bleibt sie doch immer ein Gesetz, und dieß nur ist die wahre Quelle der Verbindlichkeit, weil es die Handlung zu solcher Wirkung stempelt. Das Factum hingegen ist das **Mittelbare**, woraus nach Vorschrift der Gesetze, Rechte und Verbindlichkeiten entspringen. Ohne Gesetz ist kein verbindliches Factum denkbar; und da mithin alle Verbindlichkeiten, welche von **Tevenar** lediglich aus Handlungen ableitet, im Grunde doch ebenfalls auf Gesetzen beruhen: so ist seine Lehre in diesem Punct nicht füglich anzunehmen.

§. 31.

Bei dem allen leitet uns schon die Natur der Sache auf die Eintheilung der Verbindlichkeiten in **unmittelbare** und **mittelbare**, welche letztere wir nach Verschiedenheit der Handlung, die den nächsten Grund davon ausmacht, folgender Maßen näher bestimmen. Das Factum ist entweder

2) Sobald Menschen über ihre Handlungen nachzudenken anfangen, und sich ihres Willens bewußt werden, nehmen sie auch zugleich wahr, daß ihnen in Ansehung ihrer Handlungen, unverbrüchliche Gesetze obliegen. Der Inbegriff dieser, der gesunden Vernunft allein schon erkennbaren Gesetze, insofern sie die äußern Zwangsrechte und Pflichten der Menschen bestimmen, ist, was wir eigentlich Naturrecht nennen. **Hufeland** Lehrsätze des Naturrechts §. 60. **Heydenreich** System des Naturrechts p. 1.

A) ein **Vertrag** — ein Versprechen, das wir Andern gethan, und diese angenommen haben, oder nicht, sondern

B) eine **einseitige Handlung**, welche nicht in einem acceptirten Versprechen bestehet, und zwar entweder

a) eine **erlaubte einseitige Handlung**, wodurch kein verbiethendes Gesetz übertreten, keine unserer Pflichten verletzet wird, oder

b) eine **unerlaubte einseitige Handlung**, wodurch verbiethenden Gesetzen, den Pflichten gegen Andere, entgegen gehandelt wird. Diese theilt man ferner ein in

α) **strafbare** einseitige Handlungen, **Verbrechen** im eigentlichen Verstande; wenn die Gesetze dem Urheber der Handlung außer der Schadensersetzung noch besondere Uebel wegen Uebertretung seiner Pflichten zuerkennen;

β) **nicht strafbare, widerrechtliche einseitige Handlungen**, facta illicita in specie, wenn die daher entspringende Verbindlichkeit bloß auf Erstattung des Schadens, welcher andern dadurch zugefügt worden, eingeschränkt ist, außerdem aber keine Strafe Statt findet.

So

So weit im Ganzen. Es wird aber nicht undienlich sein, jede einzelne Gattung noch etwas näher zu erläutern; also zuerst von der unmittelbaren Verbindlichkeit.

§. 32.

Diese ist nach der schon vorläufig davon gegebenen Erklärung sodann vorhanden, wenn selbst die Vorschrift des Gesetzes, nicht aber ein besonderes factum obligatorium des Verpflichteten, den nächsten Entstehungsgrund der Verbindlichkeit ausmacht. Sie schließt daher nicht alles Factum gänzlich aus; und ich halte einen andern Begriff [1]), welchen viele Gelehrte angenommen haben, selbst nicht richtig, wenigstens nicht deutlich und genau genug ausgedruckt; weil es nach demselben eigentlich gar keine unmittelbare Verbindlichkeit geben, folglich die ganze Eintheilung als unrichtig wegfallen würde. Es fehlt auch wirklich nicht an Gelehrten, welche eben aus diesem Grunde jene Distinction überhaupt verwerfen. Denn, sagen sie, ohne alles Factum ist gar keine Verbindlichkeit denkbar [2]). Man setze aber nur den unterscheidenden Character der unmittelbaren Verbindlichkeit darin, daß sie ihren **nächsten Grund** selbst aus gesetzlicher Vorschrift, und nicht aus einer

1) Obligatio immediata est, quae nullo intercedente facto ex lege nascitur —.

2) Meurers Juristische Abhandlungen und Beobachtungen; erste Samml. erster Aufsatz.

moralischen Handlung desjenigen, dem sie obliegt, ableite [3]): so ist die Eintheilung vollkommen gerechtfertigt. Es wird aber nicht undienlich sein, einige einzelne Fälle zur nähern Erläuterung anzuführen.

§. 33.

Daß 1) alle Rechte und Verbindlichkeiten, welche Jemandem, wegen seines persönlichen Zustandes gebühren und obliegen, zu den unmittelbaren gehören, mithin auch des Vaters Schuldigkeit, seine Kinder zu ernähren, dahin gezählt werden müsse, wird einstimmig, und zwar mit Recht behauptet. Gleichwol müssen durchaus facta, selbst desjenigen, dem die Verbindlicheit obliegt, voraufgehen, ohne welche die letztere sich gar nicht denken läßt. Allein das kann uns nicht weiter irren. Man untersuche nur die nächste Ursache der Verbindlichkeit. Sicher sind das jene facta nicht, welche höchstens nur den nächsten Grund des Zustandes, folglich zwar ein entferntes fundament der Verbindlichkeit, keinesweges aber causam proximam davon enthalten. Die letztere, worauf hier alles ankommt, ist kein Factum, sondern gesetzliche Vorschrift, welche den Vater, als Vater unmittelbar verbindet. Factum, schreibt Schmidt am

3) *J. H.* Boehmer doctr. de actionib. Sect. 2. cap. 5. §. 4. *Dan.* Nettelbladt System. elem. uniuers. iurisprud posit. Tom. 2. §. 224. imgleichen in System. iurisprud. german. commun. gener. Hal. 1781. §. 295. 96. *J. L.* Schmidt instit. iur. ciuil. §. 1221. n. 1. 2.

am angeführten Orte, hic est causa remota, seu conditio, sine qua non, lex vero est causa efficiens proxima huius obligationis.

§. 34.

2) Die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen ein unvernünftiges Thier angerichtet hat, oder, mit den Gesetzen selbst zu reden: Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, verdient gleichfalls noch einige Betrachtung. Um die Meinung derer, welche ein sogenanntes Quasidelictum daran zu haben glauben, wollen wir uns jetzt nicht weiter bekümmern. **Tevenar** leitet diese Obligation aus einer widerrechtlichen einseitigen Handlung her [1]); wenige Juristen halten sie für unmittelbar; obgleich dieß unstreitig das richtigste ist; indem hier a) gar kein factum hominis, geschweige denn b) eine Handlung dessen, dem die Verbindlichkeit auferlegt worden, den nächsten Entstehungsgrund abgiebt. Und versteht es sich von selbst, daß nur freie Handlungen, oder, die sich auf Freiheit beziehen, als facta obligatoria angesehen werden können: so kann c) die Handlung eines unvernünftigen Thieres unmöglich dahin gerechnet werden; mithin qualificirt sich die Verbindlichkeit keinesweges zu den mittelbaren aus einseitigen Handlungen, welche **Tevenar** selbst dahin beschreibt, daß sie allemal von dem freien Willen des

1) Versuch über die Rechtsgelahrtheit pag. 312.

Handelnden abhangen [2]), sondern sie muß durchaus als eine unmittelbare angesehen werden.

§. 35.

3) Daß derjenige, welcher die Zahlung einer Nichtschuld bona fide angenommen hat, ebenfalls eine **unmittelbare** Verbindlichkeit anerkennen muß, um das Empfangene, so weit er dadurch reicher geworden, zu vergüten, ist aus hinreichenden Gründen erweißlich, auch von verschiedenen Juristen bereits angemerkt worden [1]); obgleich die Anzahl derer, welche bald diese bald jene andere Quelle angeben, immer noch die größere seyn mag. Vielleicht hat man sich noch nicht die Mühe genommen, den Gegenstand von der rechten Seite genau zu prüfen. Es dürfte das Ansehen gewinnen, daß die erwähnte Verbindlichkeit um so mehr zu den mittelbaren gerechnet werden müßte, als die Annahme des indebiti, mithin die eigene Handlung des Verpflichteten das nächste Fundament derselben zu sein scheint. Selbst bei den Rechtsgelehrten, welche in der Hauptsache mit mir einig sind, habe ich kaum eine Erwähnung, geschweige denn eine Auflösung dieser Schwierigkeit angetroffen. Laßt uns also der Sache etwas näher nachforschen. — Als bekannt und ausgemacht darf ich hier annehmen, daß die condictio indebiti eigentlich einen Be-

2) Ebendas. pag. 137.

1) Boehmer de actionib. Sect. 2. cap. 5. §. 26.

Beklagten voraussetzt, welcher die Zahlung einer Nichtschuld bona fide angenommen hat [2]), und daß wider ihn die Klage nur in so fern zulässig ist, als er durch das erhaltene indebitum sich reicher befindet. Das letztere ist nicht immer der Fall; und wenn daher der Beklagte das Gegentheil behaupten kann: so richtet man mit der bloßen Annahme des indebiti nichts wider ihn aus. Hieraus folgt zweierlei: 1) daß der alleinige Empfang einer Nichtschuld keinesweges der nächste Grund der Verbindlichkeit zur Wiedererstattung, sondern dieser lediglich in der gesetzlichen Vorschrift, daß sich niemand mit dem Schaden eines andern bereichern dürfe, zu setzen ist. — 2) Daß der Handlung dessen, dem die Gesetze hier eine Verbindlichkeit auflegen, unter den vorausgesetzten Umständen, die Eigenschaften einer **verbindlichen** Handlung, welche ohne Moralität sich nicht denken läßt, gar nicht einmal zukommen. Ich bin der Meinung, daß **Sempronius** meinem Erblasser 100 Thaler schuldig geworden sei. Er selbst hält es auch dafür; im Grunde ist ers aber nicht. Er bezahlt aus Irrthum diese Summe, und ich nehme sie bona fide an. In wie fern habe ich frei gehandelt? Die Annahme des Geldes an sich ist freilich mit Freiheit und Ueberlegung geschehen.

2) Boehmer I. c. §. 28. Hommel Rhaps. quaest. obseru. 28.

hen. — Aber die Annahme einer **Nichtschuld**? — Was diesen Punkt anbetrifft, so befand ich mich ja in einem gerechten Irrthume; und folglich handelte ich darin, daß ich meinem Vermögen einen **ungebührlichen** Zuwachs verschaffte, gar nicht frei. — Ich bin daher nicht sowol aus meiner moralischen Handlung, als vielmehr unmittelbar aus gesetzlicher Vorschrift zur Wiedererstattung gehalten. Ganz anders verhält sich freilich die Sache, wenn Jemand wissentlich eine Nichtschuld entgegen nimmt. Von diesem ist hier die Rede nicht; indem die Gesetze gegen ihn auch bekanntlich eine andere Klage bestimmt haben, wobei es nach der Natur seiner unerlaubten Handlung nicht darauf ankommt, ob er dadurch reicher geworden sei oder nicht?

§. 36.

Nach Anleitung der bisher entwickelten Grundsätze wird man sehr leicht die übrigen einzelnen Fälle der unmittelbaren Verbindlichkeit nachtragen, und ihnen in einer allgemeinen Classification den rechten Platz anweisen können, dessen sie in den Systemen und Lehrbüchern nur zu oft verfehlen.

§. 37.

Bei der mittelbaren Verbindlichkeit wird allemal eine moralische Handlung dessen, dem sie obliegen soll, als causa proxima vorausgesetzt. Diese Handlung besteht, wie oben bereits erinnert worden ist,

aus

aus zwei grosen Zweigen, aus Verträgen — und einseitigen Handlungen —. Was die erstern anbetrifft, so finde ich, da diese Materie in den Lehrbüchern des natürlichen und bürgerlichen Rechts zur Genüge bearbeitet worden ist, zur Zeit darüber noch etwas zu erinnern unnöthig, wol aber verdient die Lehre von den einseitigen Handlungen noch eine genauere Berichtigung.

§. 38.

Wenn das Factum, welches die Verbindlichkeit zur **mittelbaren** macht, nicht in einem Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestehet, oder noch bestimmter: So oft auf die Frage: Woher bin ich dieß oder jenes zu leisten schuldig? die nächste Ursache zwar wol aus meiner Handlung, aber nicht daraus hergenommen werden kann, weil ich **diese Leistung** in einem Vertrage dem andern versprochen habe, so oft gehört das Factum zu den einseitigen Handlungen. Daher selbst die Schliessung eines Vertrags dahin zu rechnen ist, wenn nicht sowol von den Rechten und Verbindlichkeiten der Contrahenten unter sich, als vielmehr von dem Interesse eines Dritten, gegen einen oder beide Paciscenten die Rede ist — wenn die Frage entsteht: ob es erlaubt, oder nicht erlaubt war, dergleichen Verträge einzugehen, — wenn das Recht, welches Jemandem daraus zuwächst, sich nicht in einem, von ihm

accep-

acceptirten Versprechen gründet. Verbindliche einseitige Handlungen sind es, wodurch wir Geschäfte eines Andern besorgen, und uns ihm verantwortlich machen, oder gar seinen Zwangsrechten durch ungebührliche Verletzung zu nahe treten, oder womit sonst besondere Gesetze die Folge einer Verbindlichkeit verknüpft haben. Sie sind daher theils **erlaubt**, z. B. die Antretung einer Erbschaft, die negotiorum gestio, das votum und pollicitatio etc. theils **unerlaubt**, und zwar entweder **strafbare**, wohin alle Verbrechen im eigentlichen Verstande, die delicta publica und priuata, gehören; oder nur **widerrechtliche**, nicht strafbare Handlungen, deren wir eine Menge in unsern Rechtsbüchern aufgezeichnet finden, und welche sämmtlich darin übereinkommen, daß Jemand mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit wider die Gesetze und seine Pflichten etwas unternommen, oder unterlassen hat; weshalb er jedoch nur zum Ersatz des Schadens, den er durch sein Unternehmen angerichtet hat; zur Herstellung der dem Beleidigten entzogenen Sache, oder ad id, quod interest, übrigens aber zu keiner Strafe gehalten ist. Z. B. Wenn einer wissentlich das Gut eines Fremden zu besitzen aufhört, aus Arglist Jemanden zur Eingehung eines Contracts mit sich oder Andern zur Entsagung einer Erbschaft, oder sonst verleitet, einen unrechtmäßigen Arrest auf fremde Güter bewirket, u. d. m.

d. m. Manche hieher gehörigen Handlungen verdienten in der That die schärfste Ahndung, anstatt, daß der Gesetzgeber sie ungestraft hingehen läßt. Z. B. Das ungerechte Leugnen vor Gericht, welches, wenige Fälle ausgenommen, keine Strafe nach sich ziehet; so auch das muthwillige Processiren überhaupt, wovon die Proceßordnungen und Stadtrechte bisweilen einen besondern Titel mit der Ueberschrift: Strafe dererjenigen, welche muthwillig klagen, enthalten, allein die vermeinte Strafe bloß bei der Verurtheilung zum Ersatz der Kosten bewenden lassen, welches doch im Grunde nur Entschädigung des Gegentheils ist, mithin den Nahmen einer Strafe gar nicht verdient —. Mehrere einzelne Fälle der Verbindlichkeiten aus einseitigen Handlungen anzuführen, finde ich nach dem Endzweck dieser Schrift nicht nöthig; so viel aber glaube ich vorgetragen zu haben, daß man nunmehr leicht im Stande sein wird, das Besondere zu ergänzen, und überhaupt den Mängeln, welche bei dieser Materie in den Lehrbüchern des Natur- und bürgerlichen Rechts obwalten, gänzlich abzuhelfen.

§. 39.

Noch ist nach Anleitung der (§. 3.) bemerkten Fragen IV) eine wichtige Eintheilung der Verbindlichkeiten in **vollkommene** oder **Zwangspflichten** — und **unvollkommene, Liebes**, oder

Gewissens-

Gewissenspflichten übrig, in wiefern nämlich der Verpflichtete durch äussere Zwangsmittel zu gewissen Leistungen genöthigt werden darf, oder nicht. Die Distinction an sich ist von jeher in den Schriften der Weltweisen und Rechtsgelehrten gebräuchlich gewesen [1]; sie war auch den Jüdischen Lehrern nicht verborgen [2]; in den Werken der Römischen Philosophen und Juristen treffen wir mehr als eine Spur davon an [3]. Allein über den Grund oder Ungrund dieser Eintheilung ist in der Folge ein anhaltender Streit erwachsen, an welchem unsere beßten Köpfe Theil genommen haben. Die vorzüglichsten Schriftsteller sind in der Note [4] angeführt; ihre

1) Hoepfner in dem Programm: warum sind die Menschenpflichten entweder vollkommene oder unvollkommene? Gießen 1779., welches der berühmte Verfasser in der Folge mit einer andern Abhandlung, worin den Einwürfen gegen diese Eintheilung geantwortet wird, seinem Natur- und Völkerrechte zum Anhange gemacht hat.

2) Hochstetter colleg. Pufendorf. p. 319.

3) Cicero unterscheidet officia *iustitiae*, und *liberalitatis*, Lib. 1. de off. c. 7. 14. Marcianus L. 2. D. de inoff. testam. distinguirt eben so: *Recte quidem* fecit testamentum, qui liberos praeteriit, vel exheredauit, sed non *ex officio pietatis*. So auch Paullus L. 12. §. 3. D. de administr. et peric. tutor. imgleichen Ulpian L. 25. §. 11. D. de hered. petit. u. a. m. Cocceii Diss. prooem. ad Grot. X. p. 204.

4) Der Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen Pflichten wird verworfen von *Christ.* Thomasius

ihre Argumente selbst aber zu wiederholen, würde zu umständlich, auch, da es bereits von andern geschehen ist, gar unnützlich sein. Nur einige Anmerkungen über den Gegenstand im Ganzen, scheinen mir nicht überflüssig.

§. 40.

Was oft bei gelehrten Controversen der Fall ist, daß man nicht vor allen Dingen den eigentlichen Streitpunkt möglichst zu berichtigen sucht, dürfte auch hier wol eintreten. Daß es überhaupt Pflichten giebt,

sius fundam. iur. naturae et gent. Lib. I. cap. 5. §. 23. 24. *de* Felice Leçons de droit de la nature. T. 1. L. 4. imgleichen in dem Commentar über des Burlamaqui Natur- und Völkerrecht, oder wie der Titel selbst lautet: Principes du droit de la nature et des gens par I. I. Burlamaqui avec la suite du droit de la nature augmenté par Mr. de Felice T. 3. p. 105. folg. Joh. Melch. Beseke Entwurf eines Lehrbuchs der natürlichen Pflichten. Mietau 1776. Man sehe auch Reinhards philosophischen Versuch zur Aufklärung des Unterschieds zwischen vollkommenen und unvollkommenen, innerlichen und äusserlichen Rechten und Pflichten; in der Samml. Juristischer Auss. Th. 2. N. 5. Außer diesen aber wird sie von den mehrsten Lehrern des natürlichen und bürgerlichen Rechts vertheidigt, besonders aber von Höpfner mit gründlicher Einsicht in die Natur der Sache, wider die Einwürfe der Gegner in Schutz genommen. Noch sind hierüber nachzulesen: Schmalz reines Naturrecht p. 9. u. 25. Schaumann wissenschaftliches Naturrecht §. 128. Klein Schreiben an Garve über die Zwangs- und Gewissenspflichten. Berlin 1789. Reinhold Briefe über die Kantische Philosophie, II. 91. u. 142.

die keinen äußern Zwang zulassen, und solche, deren Erfüllung allerdings erzwungen werden darf, wird Niemand leugnen, folglich ist die Distinction an sich gegründet, und logisch richtig; oder man müßte sich den Gedanken erlauben, daß alle Pflichten durchaus erzwingbar, oder alle ohne Unterschied nicht erzwingbar wären, welches beides gleich wunderlich sein würde. Nur muß man einestheils Zwang und Zwangsmittel hier nicht anders deuten, als es der rechtliche Sinn mit sich bringt [1]); und anderntheils die Zulässigkeit

oder

1) Dieß ist gegen **Schmalz** reines Naturr. p. 9. zu bemerken. Er tadelt es, daß man vollkommene Rechte und Pflichten diejenigen nennet, welche mit dem Rechte des Zwanges verknüpft sind. „Jede Nöthigung des „Willens von außen her, sagt er, ist Zwang. So zwinge „ich den Trägen, der nicht arbeiten will, und sich auf „meine Unterstützung verläßt, dadurch zur Arbeitsamkeit, „wenn ich ihm jene entziehe — Zwinge ich ihn nicht mit „Recht zu einer unvollkommenen Pflicht? Zwinge ich „den, der mir eine Gefälligkeit abschlägt, durch gegenseitige Versagung der meinigen mit Unrecht, sie mir zu „erzeigen? Es ist also nicht Zwang überhaupt, den man „hier verstand, sondern hätte man den Begriff aufgelöset: „so hätte man auch entdeckt, daß man bloß den Zwang „hier meine, welcher durch Verletzung äußerer vollkommener Pflichten ausgeübt wird, und der Circul in der „Erklärung wäre entdeckt gewesen.“ — Allein nicht jede Nöthigung des Willens von außenher ist es, was der Redegebrauch im eigentlichen, zumal Rechtlichen Verstande durch Zwingen oder Zwangsmittel andeutet. Zwingen heißt vielmehr sich einer gewaltsamen Einschränkung der Physischen Freiheit des Andern als Mittels bedienen,

ihn

oder moralische Möglichkeit des Zwanges, nicht mit dem vermischen, was etwa nach den Regeln der Klugheit rathsam, oder nach gegenseitigen Verhältnissen des Berechtigten und des Verpflichteten physisch möglich ist [2]). Eher glaube ich, daß gegen die Eintheilung des Rechts in ius perfectum et imperfectum eine Erinnerung Statt finde, worauf uns

ihn auch wider seine Neigung zu einem Entschlusse zu bestimmen. Heydenreich System des Naturrechts I. 5. Da wo uns die Vernunft zu diesem Zwange berechtigt, kann er unmöglich in einer Verletzung äußerer vollkommener Pflichten bestehen.

2) Dieß hat Garve in der Abhandlung über die Verbindung der Moral mit der Politik p. 9. nicht bestimmt genug unterschieden. „Nur in der bürgerlichen Vereinigung, wo die ganze Macht des Staats auf Seiten dessen, der Unrecht leidet, und gegen den ist, der Unrecht thut, kann es, seiner Meinung nach, einen wahren Sinn haben, wenn man sagt, daß der Gläubiger das Recht habe, seinen Schuldner zu zwingen. Aber außer der bürgerlichen Vereinigung, im Naturstande, und so auch unter unabhängigen Staaten ist die höhere Gewalt nicht immer auf der Seite des Beleidigten. Eine Gewalt, wobei man sich einer gleichen, vielleicht noch stärkern Gewalt aussetzt, kann nicht Zwang genannt werden. —“ Freilich folgt daraus, daß ich das Recht zu zwingen habe, noch nicht, daß mir der Zwang gelingen werde. Allein die Frage ist immer nur diese: giebt es von Natur einen Unterschied zwischen Pflichten, deren Erfüllung von der andern Seite erzwungen werden darf, und solchen, deren Erzwingung unerlaubt ist? Und warum sollte diese Frage, welche das Recht betrifft, nicht auch außer der bürgerlichen Vereinigung Statt finden? Man sehe dagegen Klein Sendschreiben an Garve ꝛc. p. 21.

schon der Sprachgebrauch führt, den man in den mehrsten Fällen in Rücksicht auf das, was in ihm allgemein geltend ist, nicht mit Unrecht unter die Aussprüche des gesunden Menschenverstandes zu zählen hat. Dieser Sprachgebrauch kennt kein Recht, wobei aller Zwang von Seiten des Berechtigten **unrechtmäßig** wäre. Verbindlichkeiten und Pflichten der Dankbarkeit, der Menschenliebe ꝛc. sind freilich dem Redegebrauch gemäß, aber nicht so das **Recht** des Wolthäters auf Erkenntlichkeit und Vergeltung der Wolthaten, das **Recht** eines Dürftigen gegen Wolhabende ꝛc. **Grotius** bediente sich hier des Ausdrucks: habitudo. Man sagt: er verdient es, nicht aber: er hat ein Recht es zu verlangen. Wird nun gefragt: Woher kommt es, daß bei einigen Pflichten äußerer Zwang Statt findet, bei andern aber nicht? so ist wol die natürlichste Antwort diese: weil nicht alle, sondern nur einige Pflichten sich auf Rechte eines Andern beziehen; und die weitere Untersuchung betrifft also eigentlich die Frage: Was kann ein Mensch mit Recht von dem andern fordern? Ist dieß gehörig bestimmt: so folgt von selbst, daß Pflichten, welche damit nicht in Verbindung stehen, keine Zwangspflichten sein können. Dieß vorausgesetzt, wird das Resultat der Untersuchung mit dem übereinkommen, was **Hoepfner** bereits über die Sache angemerkt

hat

hat 3). Man hat ferner gefragt, und darüber gestritten, welche von beiden Arten der Verbindlichkeit mehr

3) Die Gedanken dieses verdienstvollen Gelehrten concentriren sich in drei Grundsätzen, „1) Andern nichts zu „entziehen von den Vollkommenheiten, die sie wirklich „besitzen, ist Zwangspflicht. 2) Liebespflicht ists, die „Summe der Vollkommenheiten bei meinem Mitmenschen „zu vermehren. 3) Auch Unvollkommenheiten abzuwenden, die ihm eine dritte fremde Ursache drohet, ist nur „Liebespflicht. Und warum das alles? weil Mensch „und Mensch gleich sind; weil du mir thun darfst, was „ich dir thue; gegen mich unterlassen kannst, was ich „gegen dich unterlasse; nicht mehr, nicht weniger. Will „ich dem Mitmenschen seine Vollkommenheiten vermindern, so ist er befugt, auch die Summe der meinigen „zu verringern; um mich von dem Beginnen abzuhalten. „Was heißt dieß aber anders, als **mich zu zwingen.** „Weigert sich mein Nebenmensch zu der Zahl meiner „Vollkommenheiten etwas hinzuzufügen, so bin ich höchstens befugt, **ihm dasselbe zu verweigern.** Aber „ihm **die seinigen zu rauben, zu vermindern,** habe „ich kein Recht. Also Zwang ist hier unerlaubt. Stehe „ich dir nicht bei, wenn du von einer dritten Ursache, „von einem dritten Menschen, von einem Thiere, einem „leblosen Dinge fürchtest unvollkommener gemacht zu werden: so berechtigt dich die Menschengleichheit höchstens „dazu, unter ähnlichen Umständen auch mir **diesen „Beistand zu versagen.** Aber befugt macht sie dich „nicht, mir von meinen Vollkommenheiten etwas zu „entziehen.“ — So weit **Hoepfner** von den Ursachen warum einige Pflichten erzwingbar, und andere es nicht sind.

verbindet? Sollte es nicht Fälle geben, wo die Zwangspflicht in Ansehung fremden Eigenthums von einer

sind. Sulzer in seinen vermischten philosophischen Schriften p. 389. schreibt: „Eine Pflicht die zu einem „Gesetze gemacht werden kann, ist eine vollkommene „Pflicht; eine Pflicht, die niemals durch ein Gesetz „kann befohlen werden, eine unvollkommene“ — Ich begreife nicht, fügt Jener hinzu, wie Sulzer das sagen konnte. „Befiehlt nicht das Gesetz der Burgundionen, „keinem Fremden, bei Strafe von drei Soliden, Obdach „und Heerd zu versagen? Ist nicht die Pflicht, eines „Unmündigen Vormund zu sein, außer dem Staate „Liebespflicht; nach Römischen Rechten aber erzwing„bare Schuldigkeit?“ — Dieß ist nicht zu leugnen. Vielmehr kann die Versäumung bloßer Liebespflichten sehr oft der Gesellschaft eben so nachtheilig, als Ungerechtigkeit im eigenen Verstande, werden, und folglich dem gemeinen Wesen nicht wenig daran gelegen sein, daß dergleichen ursprüngliche Liebespflichten durch bürgerliche Gesetze zu erzwingbaren Verbindlichkeiten gemacht werden. Man lese hierüber den Entwurf zu einem neuen peinlichen Gesetzbuche für die teutsche Nation; Dessau 1782, im ersten Heft p. 8. Sollte Sulzer so unleugbaren Wahrheiten zu widersprechen die Absicht gehegt haben? Vielleicht dachte er sich die Sache so. Der Regent kann freilich befehlen, daß man zum Besten der Armen, oder sonst zu frommen Endzwecken, diese oder jene bestimmte Beisteuer leisten solle. Aber die allgemeine Vorschrift: Sich des Dürftigen anzunehmen, dem Wolthäter Dankbarkeit zu beweisen, findet nicht eben so Statt, als das Gesetz überhaupt verordnen kann: Niemandem das Seine zu nehmen ꝛc. ꝛc.

einer bloßen Gewissenspflicht überwogen wird? Gesetzt ich kann einen Menschen von der Gefahr zu ertrinken befreien, wenn ich ihm mit einem fremden Kahn zu Hülfe eile? Eben da ich im Begriff bin, diese Pflicht der Menschenliebe zu erfüllen, verbiethet mir der Eigenthümer, mich seiner Sache zu bedienen. Welche Pflicht ist hier stärker, welche von beiden hebt die andere auf? Die Terminologie: vollkommene und unvollkommene Verbindlichkeiten, konnte hier leicht einen Anlaß zur Verwirrung geben, und ein unrichtiger Begriff der Verbindlichkeit eben so leicht den Satz erzeugen, daß die Zwangspflicht an sich schon eine größere Schuldigkeit mit sich führe, als die Liebespflicht, weil bei jener mehrere Motiven eintreten, als bei dieser. Freilich könnte auch wol eben daraus folgen, daß der stärkere Schuldner, und selbst auch in der bürgerlichen Gesellschaft derjenige, an den sich etwa die Gerichte nicht gern wagen möchten, eben darum weniger verbunden sei, als der schwächere, dessen Kräfte ihn völlig überzeugen, daß man ihn leicht nöthigen könne, seinem Gläubiger gerecht zu werden. Richtiger ward wol von Andern behauptet, daß eine Verbindlichkeit bloß darum, weil sie erzwingbar ist, nicht auch an sich schon höher, uneingeschränkter und wichtiger zu achten sei, als andere, bei denen kein Zwang Statt findet. Ich gebe daher auch gern zu, daß die Terminologie: vollkommene und unvollkom-

mene Verbindlichkeiten ganz unschicklich sei, und daß sich gegen den getrennten Vortrag beider Arten in zwei verschiedenen Systemen, der Moral und dem Naturrecht, Manches erinnern lasse, wiewol darum doch die Eintheilung an sich nicht als ungegründet zu verwerfen ist. Nicht immer hat man bei dem Streit über Zwangs- und Liebespflichten diese ganz verschiedenen Gegenstände gehörig unterschieden, und es hat daher auch nicht fehlen können, daß Wortstreit und Mißverstand die Sache schwieriger gemacht haben, als sie wirklich ist.

Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Est unum ius, quo deuincta est hominum societas, et quod lex constituit una, quae lex est *recta ratio* imperandi, et prohibendi, quam qui ignorat, is est iniustus, *siue scripta sit uspiam, siue nusquam* —. Nec enim, si regnante Tarquinio nulla erat Romae lata lex de stupris, idcirco non contra illam legem sempiternam Sextus Tarquinius vim Lucretiae attulit. Erat enim ratio profecta a rerum natura, quae non tum denique incipit lex esse, *quum scripta est*, sed *quum orta est*. Orta autem est, simul cum mente diuina.

CICERO.

Erster Abschnitt.

Kurze Prüfung der gewöhnlichen Theorie von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

§. 41.

Vorläufige Bemerkungen vom Verhältniß, Gebrauch, und Anwendung des Naturrechts in bürgerlichen Gerichten überhaupt —. Gegenstand dieser Schrift —. Bisherige Litteratur desselben.

Die wenigsten Gesetzbücher, selbst das Römische nicht ausgenommen, sind so vollständig, daß die Gerichte immer in ihren Vorschriften eine hinreichende Anleitung zur Rechtspflege erwarten können. Die Vorstellung, daß die Entscheidung der Rechtshändel, wenn nicht nach buchstäblicher Bestimmung, doch immer wenigstens, nach der Analogie des positiven Rechts, oder auch, wie man sich ausdruckt, ex ratione et argumento legum geschehen müsse, diese Vorstellung muß natürlich zwei üble Folgen nach sich ziehen, die Vernachlässigung des Naturrechts, und manche seltsame Auslegung der Civilgesetze selbst, eben

weil

weil man alles aus ihnen herleiten will. Es giebt Gesetze, die keine rationes haben, aus denen also nichts zu argumentiren ist; andere sind Vernunftwidrig, und es ist wenigstens kein Grund vorhanden, in Fällen, die der Buchstabe eines solchen Machtspruchs nicht ergreift, auch analogisch darnach zu verfahren, und das Unrecht systematisch zu machen.

Es ist wol unleugbar, daß die Gerichte überall wo positives Recht keine zureichende Bestimmung an die Hand giebt, den Grundsätzen und Vorschriften des Vernunftrechts folgen müssen, da die Mitglieder der bürgerlichen Societät, als Menschen unter dem Gesetze der gesunden Vernunft stehen, und vermöge desselben Rechte und Verbindlichkeiten Statt finden, deren Handhabung der Staatsbürger, eben weil er nicht selbst Gewalt brauchen darf, nunmehr mit desto größerm Rechte von der angeordneten Obrigkeit verlangt. Die tägliche Erfahrung beweist auch, daß in unendlich vielen Fällen die Gründe der Entscheidung in der That nicht sowol aus positiven Gesetzen, als vielmehr aus der Natur der Sache, und den allgemeinen Regeln des natürlichen Rechts hergenommen werden; obgleich manche Richter, durch jenen Irrwahn getäuscht, sich lieber selbst das Gegentheil sehr unrichtig einbilden, dem positiven Rechte zuschreiben, was ihnen eigentlich das moralische Gefühl als Recht oder Unrecht angekündigt hat, und sich lieber

allerhand

allerhand unrichtige Erklärungen der Gesetze erlauben, als das Naturrecht ausdrücklich für die Quelle ihrer Entscheidung anerkennen wollen.

Unsere Lehrbücher und Systeme sind eben so wenig von diesem Fehler frei. Wenn die strenge demonstrativische Methode für das positive Recht nichts taugte, und die axiomatische Lehrart ebenfalls manche unrichtige Vorstellung veranlaßte, so werden doch immer aus der Natur der Sache abgeleitete Grundsätze, und, in Ermangelung positiver Vorschriften, das angewandte Naturrecht, einen Theil des Systems ausmachen. Sollte sich im Vortrage des Civilrechts nicht mit gutem Erfolg eine ähnliche Methode ausführen lassen, wie sie **Kleinschrodt** für das Peinliche Recht, höchst wahrscheinlich zum großen Gewinn für die Wissenschaft, und was noch mehr als alle Wissenschaft ist, für gemeine Wolfahrt und Sicherheit des Lebens, der Ehre und Eigenthums, angelegt hat.

Daß es im Naturrechte an streitigen Sätzen nicht fehlt, ist freilich wahr. Allein bei genauerer Erwägung der Sache wird man die Vorschriften des natürlichen Zwangsrechts vielleicht weniger ungewiß, und selbst auch weniger streitig finden. Das Vernunftmäßige oder Vernunftwidrige dieser oder jener Forderung wird dem nur einigermaßen cultivirten Menschen, welcher über seine oder Anderer Handlungen nachdenkt, schon einleuchten; und wie jeder vernünf-

tige,

tige, durch eigenes Interesse nicht mit Vorurtheilen eingenommene Beurtheiler das Ungerechte mancher Gesetze und Anstalten nicht bezweifeln kann: so wird er auch in Fällen, wo unsere positiven Gesetze nichts bestimmen, nach der Natur der Sache schon eine richtige Entscheidung treffen; wenn gleich die Lehrer des wissenschaftlichen Naturrechts bei manchen Grundsätzen uneinig sind, ja über den ersten Grundsatz ihrer Scienz sich noch nicht vereinigt haben, und wenn gleich bei verschiedenen Rechtsfällen und Materien die Anwendung der allgemeinen Grundsätze schwieriger, und nicht immer gleich einleuchtend sein kann.

Menschen bleiben übrigens alle Richter, sie mögen das Naturrecht, oder positive Gesetz anwenden. Und sind denn die Vorschriften der letztern immer von allen Seiten völlig bestimmt und ausgemacht? oder giebt es bei Erklärung und Anwendung derselben nicht eben so viele Streitigkeiten?

Eben daher, daß man uns immer und ohne Ausnahme auf Civilgesetze, deren Analogie und Gründe, verweiset, kommen viele unrichtige Lehrsätze ins System, und offenbare Ungerechtigkeiten in Anwendung, die man vermeiden könnte, wenn man die Natur der Sache und Vernunftgründe nicht aus der Acht lassen wollte. An sich kann zum Beispiele die sogenannte laesio ultra dimidium kein Recht geben, von einem Contracte wieder abzugehen, den man

einmal

einmal eingegangen ist. Römische Imperatoren gestatteten dieses indeß einst in heiliger Einfalt dem Verkäufer einer Sache. Zöge man nun in Fällen, wo der wörtliche Gegenstand dieses Gesetzes nicht vorkommt, das Naturrecht ein wenig zu Rathe: so würde eine so abgeschmackte Vorschrift sicher nicht extensiue zur Anwendung kommen; anstatt daß sie nun als allgemeines Princip im Systeme des bürgerlichen Rechts angenommen, bei allen zweiseitigen Verträgen als ein Grund, den ganzen Handel anzufechten, vertheidigt, und eben dadurch eine Sache, die so sehr relativisch und so schwierig in der Anwendung ist, an sich aber gar keinen wahren Rechtsgrund für sich hat, zu einer Quelle der kostbarsten, und häufig doch vergeblichen Processe gemacht wird.

Wiederum werden auch die unleugbarsten Rechtswahrheiten eben dadurch ungewiß und zweifelhaft gemacht, daß man sie bloß aus dem positiven Rechte beweisen will. Daß der Betrug des Käufers den Uebergang des Eigenthums auf ihn hindere, folglich auch unter mehreren Käufern die Uebergabe dem nicht zu Statten komme, der wissentlich eine dem Andern schon verkaufte Sache an sich bringt, sind Wahrheiten, die man nach Vernunftgründen leicht darthun kann, und die auch gelten müssen, weil kein Civilgesetz im Allgemeinen sich dagegen erklärt hat,

die

die aber doch bestritten worden sind, weil man keine bestimmte Gesetze dafür aufzuweisen hatte.

Natürlich wird das Bemühen, bei diesen und ähnlichen Sätzen, welche durchaus Vernunftmäßig sind, die Beweise aus positiven Gesetzen herbei zu schaffen, unfehlbar zu allerhand Blößen in Erklärung der Gesetze, und eben dadurch den Vertheidigern des Gegentheils die beste Gelegenheit geben, den ganzen Satz als unerwiesen zu verwerfen.

Noch schlimmer ist es, wenn der leidige Gerichtsgebrauch Statt weiterer Beweise dienen soll, und wenn man sogar Rechtswahrheiten, die man aus andern Gründen weit besser darthun könnte, mit der sogenannten Praxis zu beweisen sucht.

Das System des positiven Rechts hat unleugbar durch die Anwendung auf vorkommende Fälle, die wahre Probe der Theorien, viel gewonnen. Unstreitig würde es auch dem wissentschaftlichen Naturrechte sehr zu Statten kommen, und zur Berichtigung seiner Grundsätze vieles beitragen, wenn man solche der Rechtspflege näher brächte, und dadurch von Zeit zu Zeit die Richtigkeit und Bestimmtheit der wissenschaftlichen Lehrsätze erprobte.

Gewiß würden bessere Richter und Advocaten gezogen werden, wenn der Unterricht und Vortrag des bürgerlichen Rechts mit den Grundsätzen des Vernunftrechts in beständiger Verbindung erhalten,

überall

überall das Verhältniß der Civilgesetze zu demselben dargestellt, und der angehende Rechtsbeflissene belehrt würde, sein Naturrecht nicht bloß als Hülfswissenschaft und allgemeine Vorbereitung vielleicht gleichgültig zu betrachten, sondern als den edelsten und wichtigsten Theil seines Wissens, und als die lauterste Quelle, woraus er künftig zu schöpfen hätte. Die Römischen Gesetze verweisen den Richter häufig auf diese Quelle, wiewol sie auch mehrern Rechtsgeschäften, die Wirkung, welche das Naturrecht ihnen zugestehen würde, ganz oder zum Theil abgesprochen haben.

Im Ganzen hat die Juristische Litteratur über den Nutzen und Gebrauch des Naturrechts in vorkommenden Justizsachen der Staatsbürger nichts vollständiges aufzuweisen. Was davon gelegentlich in den Systemen des Privatrechts vorkommt, ist theils nicht befriedigend, theils zu unbestimmt, als daß es in der Anwendung Nutzen gewähren könnte. Inzwischen haben die erwähnten Römischen Gesetze doch so viel veranlaßt, daß man die Frage: ob und in wiefern eine natürliche Zwangspflicht in bürgerlichen Gerichten klagbar sei? sowol in den Lehrbüchern und größern Werken des Civilrechts, als auch in einzelnen Abhandlungen zu erörtern gesucht hat. Dabei sind aber jene Gesetze in mehr als einem Betrachte von den Auslegern mißverstanden, zum Theil

im Allgemeinen ganz unrichtig angewandt, und die einzelnen Gegenstände unvollständig dargestellt worden. Es dürfte daher für die Theorie und Praxis des gemeinen Privatrechts schon von Nutzen sein, vorläufig wenigstens das gewöhnliche Lehrsystem von der Wirksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten in bürgerlichen Gerichten zu berichtigen, und auf wahre allgemeine Grundsätze zurück zu führen. Dieß ist die Absicht des folgenden Vortrags.

Außer den verschiedenen Handbüchern und Systemen des bürgerlichen Privatrechts überhaupt, sind unter den Schriften, welche die gegenwärtige Materie besonders abhandeln, folgende zu merken:

1) *Ioh.* Pomereschii Diss. *de obligatione naturali*, Gryph. 1661.

2) *Ioh. Andr.* Frommanni Diss. *de obligatione naturali*, Tub. 1676. in der collect. Diss. eiusd. P. II. n. 9.

3) *Ant.* Schultingii Dissert. *de naturali obligatione*, Lugduni Batav. 1683. in seinen *commentationibus academicis*, Halae 1770. Das erste Stück.

4) *Ioh. Christ.* Heilersieg de obligatione naturali, Ultraj. 1694.

5) *Ioh. Ortw.* Westenberg Dissertatio prima *de causis obligationum*, in seinen Opp. omn. curante

curante Iungio, Hanov. et Luneb. 1746. Tom. I. p. 59. sequ.

6) *Ioh. Balth.* Wernher *de auctoritate iuris ciuilis circa obligationes naturales*, Vitemb. 1701.

7) *Georg. Christoph.* Neller Respond. Ioh. Iac. Linio etc. *de obligatione praesertim naturali*, Aug. Trev. 1751. [1])

Diejenigen Schriften, welche die Materie nicht im Ganzen zum Vorwurfe haben, sondern sich nur mit einzelnen Gegenständen daraus beschäftigen, werde ich in der Folge am gehörigen Orte anführen.

§. 42.

Abriß der gewöhnlichen Theorie.

Vom Accursius an, bis auf den Vater des jüngsten juristischen Lehrbuchs, wird das Verhältniß natürlicher Verbindlichkeiten, ihre Fortdauer und Einschränkung im bürgerlichen Zustande, und überhaupt die gerichtliche Wirkung derselben, vermittelst nachstehender Eintheilungen vorgetragen. Die na-

1) In der Lippenischen Bibliothek Tom. 2. Lips. 1757. p. 90. wird eine Abhandlung unter dem Titel; *Joh. Jac.* Livius *de obligatione praesertim naturali.* Aug. Trev. 1750. angemerkt. Eben diese allegirt auch Schmidt instit. iur. ciuil. §. 48. not. z. und Eichmann in seinen Erklärungen des bürgerlichen Rechts §. 25. not. f. Eine genaue Vergleichung der Titel macht es aber in aller Hinsicht vermuthlich, daß diese Abhandlung mit der Nellerschen eine und eben dieselbe sei.

türliche Verbindlichkeit ist entweder in den bürgerlichen Gesetzen wiederholt vorgeschrieben, und, wie man sich eigentlich auszudrucken pflegt, ad effectum agendi bestätigt worden — oder nicht —. Im **ersten Fall** ist sie, die sogenannte **vermischte Verbindlichkeit**, in Gerichten dergestalt kräftig, daß sie beides, durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden kann. Im **zweiten Fall** aber, wo die Verbindlichkeit unter dem Namen einer **bloß natürlichen** — obligatio naturalis mere talis oder stricte sic dicta — vorkommt, wird sie wiederum in die **ganz verworfene** — reprobata siue plane destructa, — und die zwar nicht bestätigte, aber doch auch **nicht ganz verworfene**, oder **nicht ganz aufgehobene** natürliche Verbindlichkeit — obligatio naturalis haut reprobata — abgetheilt. Jene hat in Gerichten schlechterdings gar keinen Effect, so daß auch die etwa geschehene Erfüllung derselben kann zurückgefordert werden —. Letztere hingegen ist in Ansehung der gerichtlichen Wirkung nur **eingeschränkt**, und zwar so, daß wegen einer solchen Verbindlichkeit nur nicht **geklagt** werden kann, wol aber alle übrigen Effecte Statt finden [1]) —.

Obligatio,

1) In Ansehung solcher Verbindlichkeiten findet 1) die Compensation L. 6. D. de compens. 2) ein constitutum, L. 1. §. 7. D. de const. pec. 3) die Novation L. 1. §. 1. D. de novation. 4) ein Pfandrecht

L. 5.

Obligatio, wie ein berühmter Rechtsgelehrter [2]) sich ausdruckt, quae non quidem *confirmata*, nec tamen penitus *sublata* est; und, wie ein Anderer [3]) hinzufügt: omni effectu haud destituitur, dum non quidem actionem, bene vero exceptionem et retentionem producit. Um nun zu bestimmen, ob eine nicht bestätigte natürliche Verbindlichkeit in jene, oder in diese Classe zu rechnen sei, hat man nur darauf zu sehen, ob die Civilgesetze gestatten, daß die geschehene Zahlung wieder zurückgefordert werden dürfte, oder nicht? Dieß ist der unterscheidende Character, wobei man es bewenden läßt, ohne den eigentlichen Grund im Allgemeinen richtig und bestimmt anzugeben. Ja, weil man jene Eintheilungen durchaus zweckmäßig findet, um das Verhältniß jeder einzelnen natürlichen Verbindlichkeit in bürgerlichen Gerichten bestimmen zu können: so wird es auch nicht nöthig gehalten, darüber weiter ins Detail zu gehen, außer daß man bei einer jeden der an-

L. 5. u. 14. D. de pignor. 5) Die Bürgschaft §. 1. I. de fideiuss. 6) nicht aber nach erfolgter Zahlung die Zurückforderung derselben Statt. L. 10. D. de obl. et action L. 19. D. de condict. indeb. wenn gleich die Erfüllung aus einem Irrthume geschehen sein sollte. I. O. Westenberg Diss. 1. de causis obligat. Cap. 4. §. 23. Henr. Zoesius comm. ad pand. Lib. XII. Tit. 6. n. 6. 7.

2) Hoepfner *elem. iur. cin. Heinecc. emend.* §. 767.

3) Hellfeld iurisprud. forens. §. 26.

geführten Gattungen einige Beispiele zur Erläuterung hinzuzufügen pflegt; zu welchem Behuf denn die Verbindlichkeit aus einem Kauf- und Miethcontracte als **vermischte** — die aus verbothenen Spielen, der Bürgschaft einer Frauensperson, und dem Versprechen eines gerichtlich erklärten Verschwenders, als **gänzlich aufgehobene** — und endlich die Verbindlichkeit aus simplen Verträgen, aus der Geldanleihe solcher Personen, die noch unter väterlicher Gewalt stehen, als **eingeschränkte, jedoch nicht aufgehobene natürliche Verbindlichkeiten** angemerkt werden. Damit inzwischen doch auf alle Fälle der Vollständigkeit nichts abgehen möge, werden in verschiedenen Lehrbüchern und andern Schriften selbst die Liebespflichten bald der einen, bald der andern Gattung jener natürlichen Verbindlichkeiten beigezählet. **Westenberg** [4]) wirft solche sehr unschicklich mit den Verbindlichkeiten eines prodigi und der Weibespersonen aus der Bürgschaft in eine Classe. Andere hingegen [5]) behaupten, daß, obgleich dieser Liebespflichten wegen keine Klage zulässig sei, dennoch die natürlich unvollkommene Verbindlichkeit an sich der Zurückforderung des Gegebenen im Wege stehe. So steht im Ganzen der Vortrag

4) Diss. I. de caus. obligat. Cap. 4. §. 9. sequ.

5) *Hugo* Grotius I. B. et P. Lib. 2. cap. 14. n. 6. Hellfeld iurisprud. forens. §. 829.

Vortrag dieser Materie in unsern Lehrbüchern aus. Wäre es möglich, daß Autorität und Menge der Vertheidiger zur Wahrheit an sich etwas beitragen könnten, so würde die Sache über alle Zweifel gänzlich hinweg sein. Man prüfe aber dieses Lehrgebäude ohne Vorurtheil, und man wird die ganze Anlage desselben äußerst fehlerhaft und zweckwidrig finden.

§. 43.

Von den Fehlern der gedachten Theorie; und zwar 1) von dem Mißbrauch der Eintheilung in vermischte und bloß natürliche Verbindlichkeiten.

Daß die in den vorhergehenden Paragraphen angeführte Eintheilung der natürlichen Verbindlichkeit, in Rücksicht des gerichtlichen Effects, nicht ausdrücklich in unsern Civilgesetzen selbst bestätigt sei, gestehen die Vertheidiger der gemeinen Lehre freimüthig [1]), daß die Sache selbst aber sich wirklich so verhalte, wie sie von ihnen vorgetragen wird, davon sind sie vollkommen überzeugt. Gleichwol ist es 1) offenbar nicht zu rechtfertigen, daß die Eintheilung in bloß natürliche und vermischte Verbindlichkeiten dazu dienen soll, um vermöge derselben die gericht-

1) *Joh. Ortw.* Westenberg Diss. 1. de causis obligat. Cap. 4. §. 5. in den Worten: Licet haec totidem verbis in legibus nostris non occurrant, rem ipsam tamen inueniri sufficit.

liche Wirksamkeit einer Forderung überhaupt zu bestimmen. Es wird nach meiner Ueberzeugung nicht mit Recht behauptet, daß der völlige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit nur sodann Statt finde, wenn sie in den Civilgesetzen wiederholt vorgeschrieben und bestätigt worden, daß folglich alle übrigen Zwangspflichten, wovon die bürgerlichen Gesetze schweigen, wenigstens *quoad effectum agendi* unwirksam wären. In dem finstern Zeitalter der Glossatoren, wo die Jurisprudenz mit allen übrigen Wissenschaften in der traurigsten Verfassung stand, war es verzeihlich, wenn man sich die Sache so vorstellte: Sunt actualis obligationis duae radices, una *naturalis*, quae consensu nascitur, et inter omnes fieri potest, hinc naturalis dicitur, sed *haec vim non habet exigendi*, impedit tamen soluti repetitionem. *Huic quandoque accedit ciuilis etiam radix*, quae illi naturali faciem dat, vel formam, vel vestem, *ut possit parere actionem* 2).

Merkwürdiger ist es, daß in der Folge selbst die gelehrtesten Juristen diesen Irrthum in ihren Schriften beibehalten konnten. So schreibt Herrmann Vul-

2) *Francisc.* Accursius ad tit. institut. de obligationibus.

Vulteius [3]): Iure duntaxat naturali subnixae obligationes *momenti sunt exigui, neque omnino ad agendum utiles.* Distinctio obligationum in ciuiles, naturales et mixtas, est ex causa et origine sua; ciuiles a iure ciuili profectae sunt, naturales a naturali, in quo eadem subsistunt, *ut ulterius non progrediantur*, mixtae origine quidem et inuentione sua a iure naturali siue gentium, approbatione vero et informatione a iure ciuili. So auch Conrad Rittershus [4]): Abutimur verbo debendi, quum seruum debere, vel obligare dicimus; sicuti testamentum iniustum per abusum testamentum uocamus. *Vera enim et ad agendum efficax obligatio est ciuilis.* So auch Just Henning Boehmer [5]): Obligatio, quatenus externo nititur *adiumento legis ciuilis*, dicitur externa et plena. Oritur illa necessitas ultimo ex lege; et alia dicitur *naturalis tantum*, quae solo vinculo legis naturae nititur, iure ciuili tamen *non agnita*; haec aestimatur exinde, si inter illos, qui solo iure naturae viuunt, vim cogendi externam operatur, quam-

3) *Herrm.* Vulteius iurispr. rom. edit. Estor. §. 1501. et 1504.

4) *Conrad* Rittershus comment. ad inst. Lib. 3. tit. 14. pag. 397.

5) *Just. Henning* Boehmer introduct. in ius digest. Lib. XLIV. Tit. VII. §. 2. sequ.

uis in statu ciuili *ciuilis vis ei non sit superaddita.* Haec de iure ciuili *non dat actionem.* Alia mixta dicitur, cui utrumque ius, et naturale, et ciuile, vinculum addidit; et *parit actionem et exceptionem.* So auch **Johann Voet** [6]: Obligatio naturalis tantum est, quae solo nititur aequitatis naturalis vinculo, nullam producens actionem. — Et haec ita, *si vel obligatio naturalis plena sit.* So auch **Math. Wesenbek** [7]: Proprie obligatio dicitur, quae utramque, *naturalem et ciuilem, continet. Haec enim demum efficax est.* — So auch **Joh. Gottfr. Schaumburg** [8]: Sigillatim vero ut obligatio in foro efficax sit et *actionem* producat, *lex ciuilis illi adsistat* requiritur. Quod ita necessarium est, ut sola *naturalis* obligatio, *licet perfecta sit,* externe actionem non producat; So endlich **Johann August Hellfeld** [9]: obligatio naturalis non approbata, nec tamen reprobata, omni effectu haud destituitur, dum non quidem actionem, bene vero exceptionem et retentionem producit.

§. 44.

6) *Joh.* Voet Comment. ad Pand. Tit. de obligat. et act. §. 3.

7) *Math.* Wesenbec ad Pand. Tit. de oblig. et action. §. 6.

8) *Jo. God.* Schaumburg comp. iur. Digest. Tit. de obligat. et act. §. 3.

9) *Joh. Aug.* Hellfeld iurisprud. forens. §. 26.

§. 44.

Die gesunde Vernunft verleugnet diese Lehre.

Also, natürliche Zwangspflicht ist an und für sich in bürgerlichen Gerichten nicht klagbar — wenn sie nicht durch Vorschriften der Civilgesetze zu dieser Wirkung sanctionirt worden ist. Ich darf nicht umgekehrt sagen: alle natürliche Verbindlichkeiten sind auch in foro ciuili **völlig** wirksam, es wäre denn durch bürgerliche Gesetze nahmentlich **eine Einschränkung** geschehen. Soll eine Klage Statt finden: so muß gezeigt werden, daß das positive Recht dem Gläubiger diese Befugniß wirklich **ertheilt habe.** Dieses Raisonnement ist zuvörderst, wenn wir dabei noch zur Zeit auf kein einzelnes positives Recht Rücksicht nehmen, an sich schon ganz Vernunftwidrig. Denn sind auf der einen Seite die Mitglieder des gemeinen Wesens schuldig, ihre Rechte nicht durch Privatgewalt, sondern durch richterliche Hülfe geltend zu machen, so müssen auch auf der andern Seite die Gerichte verbunden sein, einem Jeden zur Erlangung seines vollkommenen Rechtes zu verhelfen. Da nun dergleichen Rechte und Verbindlichkeiten an sich allerdings ohne alle Vorschrift der positiven Gesetze Statt finden können, wofern man nicht in den lächerlichen Irrthum gerathen will, daß das Naturrecht zu seiner verbindenden Kraft der Bestätigung des bürgerlichen Gesetz-

gebers

gebers bedürfe, so ist gar nicht abzusehen, wie der Richter eine aus dem natürlichen Zwangsrechte erhobene Klage bloß darum verwerfen könne, weil das Civilrecht derselben nicht gedenket. Ein anderes wäre freilich zu behaupten, wenn in diesem oder jenem positiven Gesetze ein für allemal ausdrücklich verordnet worden, daß nur solche Klagen, welche das bürgerliche Recht bestätigt hätte, in Gerichten zulassig sein sollten. Außer dem aber bringt es die Natur der Sache ganz ungezweifelt mit sich, daß man jene Bestimmung grade umkehren, und jede natürliche Zwangspflicht der Regel nach auch in der bürgerlichen Societät als völlig wirksam und klagbar annehmen müsse, daß folglich die der gerichtlichen Wirkung nach eingeschränkte natürliche Verbindlichkeit, nur als Ausnahme von der Regel, lediglich auf die einzelnen Fälle zu reduciren sei, wo die Gesetze dergleichen ausdrücklich verordnet haben [1]).

§. 45.

Auch der Geist des Römischen Rechts.

Anders würde die Sache sich verhalten, wenn in diesem oder jenem positiven Rechte wirklich die Verordnung enthalten wäre, daß bloß natürliche Rechte und

1) Hiebei ist nachzusehen Nettelbladt system. elem. iurispr. posit. germ. comm. general. §. 281. Eichmann Erklär. des bürgerlichen Rechts, Th. 1. S. 87. n. 4. Glück Erläuter. der Pandekten, §. 26.

und Verbindlichkeiten nur diejenige Kraft und Wirkung haben sollten, welche die bürgerliche Legislation ihnen besonders beigelegt hätte. Es entsteht daher die Frage, was die in Deutschland geltenden positiven Gesetze in diesem Stücke eigentlich verordnen? Wir wollen mit dem Römischen Rechte den Anfang machen. Man glaubt in diesem Gesetzbuche mehr als eine Bestätigung der gemeinen Theorie zu finden. Eine genauere Prüfung dürfte vielmehr vom Gegentheil überzeugen. Der Ausdruck: *secundum* nostrae ciuitatis iura, in der Erklärung der Verbindlichkeit [1]), ist sehr schicklich dahin zu verstehen, daß keine Verbindlichkeit *contra* nostrae ciuitatis iura angehen könne [2]), und giebt daher kein Argument für jene Theorie. Wenn hiernächst die Römischen Rechtsgelehrten an manchen Stellen von der natürlichen Verbindlichkeit in einem Tone reden, der die gemeine Meinung zu begünstigen scheint, so hätte man doch vor allen Dingen erst untersuchen müssen, ob solche Stellen als allgemeine Regeln, oder nur in Beziehung auf gewisse einzelne Arten der Verbindlichkeit gelten können; und in welchem Sinne eigentlich der Ausdruck: obligatio naturalis, gebraucht worden sei. Allerdings giebt es

Fälle,

1) pr. I. de obligationib.

2) Man sehe übrigens Cuiacius in not. ad c. l. Westenberg Dissert. 1. de causis obligat. c. 4. §. 30. Glück Erläuter. der Pandect. Th. 1. §. 2.

Fälle, wo Verbindlichkeiten, die an sich vorhanden sind, durch bestimmte Gesetze die rechtliche Wirkung ganz oder zum Theil versagt worden ist. Grade diese Fälle sind es: welche die Römischen Rechtsgelehrten durch: obligatio naturalis im strengern Verstande bezeichneten, wie sich §. 55. näher zeigen wird. Es ist also eine wahre petitio principii, wenn man die Wirksamkeit solcher Verbindlichkeiten, von denen die Civilgesetze schweigen, nach eben den Rechtssätzen beurtheilen wollte, welche von der natürlichen Verbindlichkeit in jener besondern Beziehung vorkommen [3]). Daß die Römischen Rechtsgelehrten überdem

3) Dahin gehören vorzüglich die Worte Juliani L. 16. §. 4. D. de Fideiussorib.: Licet *minus proprie* debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum recepisse; imgleichen *Ulpiani* L. 41. D. de peculio: Nec seruus quidquam debere potest, nec seruo potest deberi. Sed quum eo verbo *abutimur*, factum magis demonstramus, quam ad ius ciuile referimus obligationem; und L. 10. D. de Verbor. signific.: Creditores accipiendos esse constat, eos, quibus debetur ex quacunque *actione vel iure ciuile*, *vel iure honorario*. Quodsi *natura* debeatur, non sunt loco creditorum. Wenn übrigens Pomponius L. 49. §. 2. de peculio schreibt: Ut debitor vel seruus domino, vel dominus seruo intelligatur, ex *causa ciuili* computandum est: so wird dieß von einigen Auslegern unrichtig dahin erklärt, daß selbst der Grund der Verbindlichkeiten allemal nur aus bürgerlichen Rechten herzuleiten sei. Der wahre Sinn ist

dem die Zulässigkeit mancher einzelnen Klage aus unleugbaren natürlichen Zwangsrechten bezweifelten, oder sich wol gar dagegen erklärten, kam auch noch besonders daher, weil in verschiedenen Fällen schon vorhandene Bestimmungen der Civilgesetze und deren Analogie, vielmehr Gründe gegen dergleichen Klagen darbothen [4]). In der That würde es uns auch nach der ganzen Anlage zumal der ältern Römischen Rechts- und Gerichtsverfassung, wobei so vieles, ja fast alles auf Formeln und wörtliche Solemnitäten ankam, nicht Wunder nehmen, wenn sich noch mehrere dergleichen Aeußerungen fänden. Ursprünglich

hat

ist eigentlich dieser: Obgleich zwischen dem Herrn und dem Knechte keine bürgerlich vollgültige, sondern nur eine eingeschränkte natürliche Verbindlichkeit Statt findet: so muß doch, um überhaupt eine Verbindlichkeit behaupten zu können, die Sache nach eben den Gründen beurtheilt werden, welche sonst in den Angelegenheiten der Staatsbürger eine Verbindlichkeit rechtfertigen — causa ciuilis —. Daher heißt es auch in den gleich folgenden Worten: Ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere seruo suo, quum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserit debendi, *nuda ratio non facit eum debitorem.* Kurz was unter den eigentlichen Staatsbürgern keine Verbindlichkeit gründen würde, kann auch zwischen Herrn und Knechten diese Wirkung nicht haben. Faber rational ad Pand. ad L. cit.

4) L. 32. D. *de Rebus credit.*, verglichen mit L. 11. D. *de obligat. et act.* — L. 33. D. de *condict. indebiti.* L. 48. D. *de Rei vindicatione*, L. 14. §. 1. D. *communi diuid.*

hat unstreitig bei der Römischen Rechtspflege die Idee einer buchstäblichen Befolgung der Civilgesetze obgewaltet, und vermöge derselben auch die Meinung, daß keine Klage in Gerichten durchgesetzt werden könne, ohne den Ausdruck eines Gesetzes für sich zu haben. Davon zeugen die Umwege, welche die Rechtsgelehrten zu nehmen pflegten, um den Rechtsangelegenheiten irgend eine Gesetzlich sanctionirte Klage bestimmen zu können. Ich darf hiebei auch nur an den Handel des Römischen Ritters **Lanius** mit dem **Pythius** erinnern, den uns **Licero** so unterhaltend erzählt. Der Betrug des **Pythius** war ausgemacht, allein **Cicero** war nicht der Meinung, daß eine Klage Statt gefunden hätte. Nondum enim, sagt er, *Aquilius* collega et familiaris meus protulerat de dolo malo formulas, in quibus ipsis, quum ex eo quaereretur quid esset dolus malus, respondebat, quum esset aliud simulatum aliud actum [5]). Nach und nach hat aber das Römische Rechtssystem eine ganz andere Gestalt gewonnen. Die Prätoren suchten bekanntlich die natürliche Billigkeit sogar **gegen** die Vorschrift des strengen Rechts geltend zu machen, und sie fanden also desto weniger Bedenken, in Fällen, wo die Gesetze nichts bestimmten, nach den Vorschriften des Vernunftrechts Klagen in factum zu gestatten. Die Juristen

5) Cicero de officiis III. 14.

sten folgten diesem Beispiele, und versuchten es in ihren Commentaren über das Edict, die Sache immer mehr zu befördern, bis diese endlich durch Kaiserliche Constitutionen ganz außer Zweifel gesetzt ward. Seitdem herrscht in dem Römischen Rechte durchaus eine andere Sprache, wie sich gleich näher ergeben wird.

§. 46.

Fortsetzung des vorigen.

Anstatt daß nach der gemeinen Meinung die im bürgerlichen Rechte nicht bestätigte natürliche Verbindlichkeit den völligen gerichtlichen Effect nicht haben soll, wird an unzähligen Stellen gerade das Gegentheil gelehrt, und der Richter überall auf Naturrecht und natürliche Billigkeit verwiesen. Placuit, so lauten die Worte in L. 8. Cod. *de Iudiciis*, in *omnibus rebus* praecipuam esse iustitiae *aequitatisque*, quam stricti iuris rationem, und an einer andern Stelle [1]): etsi nil facile mutandum est ex solemnibus, tamen *ubi aequitas euidens* poscit, subueniendum est. Wiederum [2]): in omnibus quidem, *maxime tamen in iure aequitas spectanda est.* Merkwürdig ist auch folgende Stelle [3]): Si moratus sit promissor, haesitatur, an si postea

1) L. 7. D. *de in integr. restit.*
2) L. 90. D. *de regul. iur.*
3) L. 91. §. 3. D. de V. O.

in mora non fuerit, extinguatur superior mora? et Celsus adolescens scribit, eum qui moram fecit in soluendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: *esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur.* Dieſe Geſetze kündigen es ſehr deutlich an, daß das neuere Römiſche Recht den Klagen aus der natürlichen Billigkeit — ein Ausdruck, der hier immer das natürliche Zwangsrecht bezeichnet, nicht ungünſtig ſein werde. Und war nicht gerade zu dieſem Endzweck die ſogenannte actio in factum ganz beſonders üblich? War ſie nicht diejenige Klage, wodurch natürliche Verbindlichkeiten, deren das bürgerliche Recht nicht gedachte, verfolget wurden? *Cum*, ſagt der Imperator [4]), *non sufficiat neque directa neque utilis legis Aquiliae actio*, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione teneri.* Den Grund hievon können wir füglich mit den Worten des **Paullus** angeben: *hoc aequitas suggerit*, etsi iure deficiamur [5]).

Aus

4) §. ult. I. *de lege aquilia.* *C. F.* Meister *de in factum actionibus.* Goett. 1748. *J. L.* Schmidt praktiſches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 26. in den Worten: „Sonſt bedeutet actio in „factum diejenige Klage, welche weder aus den Worten, „noch aus dem Sinn der (civil) Geſetze, ſondern aus „der Billigkeit entſpringt.“

5) L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv.

Aus diesem beständigen Fundamente actionis in factum leuchtet klar hervor, daß solche überall Statt findet, wo eine natürliche Zwangspflicht vorkommt, welche durch bürgerliche Gesetze weder wörtlich vorgeschrieben, noch aus der Analogie derselben herzuleiten ist [6]). Ich kann, was diesen Punkt anbetrifft, einen wichtigen Gewährsmann für mich anführen. J. H. **Boehmer** schreibt [7]): Iureconsulti actionem in factum toties dederunt, *quoties fundamentum aequitatis in casu quodam deprehensum fuit.* Neque vero credendum est, tantum huic actioni locum esse in exemplis illis quae in iure Romano traduntur, et iureconsultorum decisioni submissa fuerunt. Nam casus hi tantum *exempla* suggerunt, hanc actionem autem minime ad illa *restringunt*, quae in iure Romano occurrunt. Sicuti

6) In dem letztern Fall, wenn die Klage zwar nicht durch den Buchstaben der Civilgesetze, wol aber durch den Grund derselben bestätigt war, ward sie mit dem Nahmen einer actio utilis bezeichnet. Diese distinguirt der Imperator selbst von der eigentlichen actio in factum ausdrücklich: Quum *non sufficiat* neque directa, *neque utilis* legis aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione* teneri. *Mich.* Grassii *praxis antiqua et moderna actionum forensium, in specie directarum et utilium.* Tubing. 1726. *Fr. Gottl.* Zolleri Dissert. *de actionibus utilibus.* Lips. 1743.

7) *J. H.* Boehmer *doctrina de actionibus* sect. 2. cap. 5. §. 13.

enim obligatio ex variis causarum figuris oritur, ita impossibile est omnes casus referre. Superstitiosi, ne quid grauius dicam, illi sunt, qui extra casus in iure propositos, huic actioni nullum locum relinquunt, cum tamen exempla regulam non semper exhauriant. So wahr und recht diese Meinung des berühmten **Böhmers** ist, so wenig kann ich damit den Beifall vereinigen, welchen er an einer andern oben bereits angeführten Stelle dem gewöhnlichen Lehrgebäude vom gerichtlichen Verhältnisse natürlicher Verbindlichkeiten zu ertheilen unbedenklich fand. Man vergleiche hiemit noch andre Gesetzstellen, welche Böhmer zwar nicht angemerkt hat, die aber gleichwol die Sache ungemein aufklären. Wenn nämlich **Ulpianus** [8]) also schreibt: lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur *nisi lex specialis aliud inducit*; Wenn **Modestinus** [9]) behauptet: si quis propter aegritudinem vel aliam necessitatem constituto tempore non poterit venire, ignoscendum ei est, *cuius fidem tametsi sufficit firmare ex ipsa naturali iustitia*, tamen et constitutio Imperatorum Veri et Antonini haec dicit; Ja wenn ersterer überhaupt die Regel vorträgt [10]), ubi de bona fide agitur, non congruit

8) L. 24. D. *de his, qui sui vel alieni iuris sunt.*
9) L. 13. §. 7. D. *de excusat. tutor.*
10) L. 29. §. 4. D. *Mandati.*

congruit de apicibus iuris disputare, *sed de hoc tantum, debitor fueritne?* Und wenn endlich die Zulässigkeit gerichtlicher Klagen in solchen Fällen durch folgende gesetzliche Vorschriften [11]) hinlänglich begründet wird: *Quum deficiant vulgare atque usitata actionum nomina* praescriptis verbis agendum est, — in quam confugere necesse est, *quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae iure ciuili proditae sunt.* Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. — Inde quia actionum non plenus numerus esset, *plerumque actiones in factum desiderantur.* — Ideo si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore, depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, — *in factum itaque erit agendum:* — so folgt aus diesem allen nach meiner Ueberzeugung unstreitig, daß selbst nach neuern Römischen Rechten, die natürlich vollkommene Verbindlichkeit auch ohne besondere Zustimmung der bürgerlichen Gesetze, in foro ciuili vollgültig und klagbar ist, daß es vielmehr unter die Ausnahmen gehört, wenn in diesem oder jenem Falle die gerichtliche Wirkung nach besondern Vorschriften ganz oder zum Theil nicht Statt findet; daß folglich kein Richter, ohne eine Ungerechtigkeit zu begehen, und selbst gegen die Ge-

11) L. 2. 3. 4. 11. 14. §. 3. D. *de praescr. verb.*

setze zu handeln, die Klage wegen einer natürlich Verbindlichkeit bloß darum, weil sie nicht durch bürgerliche Gesetze besonders sanctionirt worden ist, verwerfen könne [12]), und daß um so mehr auch unsere Gerichte nach den nunmehr in Justinians Gesetzbuche vorliegenden allgemeinen Vorschriften in allen Fällen, wo die Civilgesetze nichts bestimmen den Grundsätzen des Vernunftrechts nachgehen, folglich auch bloß darin gegründete Klagen zulassen müssen.

§. 47.

Auch das kanonische Recht und der heutige Gerichtsgebrauch ja die tägliche Erfahrung.

So weit vom Römischen Rechte. Betrachten wir nun vollends die Sache nach den Vorschriften des geistlichen Rechts, und in Rücksicht auf die tägliche Erfahrung in unsern Gerichten, so wird sie noch auffallender. Weil aber, was diesen Punkt anbetrifft,

12) Wenn man überhaupt nur das ältere Römische Rechtsverhältniß von dem unterscheidet, was es nach und nach geworden, und wozu es endlich in Justinians Gesetzsammlung gediehen ist, so dürfte die Sache weniger zweifelhaft bleiben. In diesem Betrachte, und dasjenige wol erwogen, was im vorigen §., wegen der in der 4ten Note daselbst angeführten Gesetze, bemerkt worden ist, glaube ich auch, daß die Meinung Hoepfners Theoret. pract. Comment. §. 1097. 98. sich mit der meinigen vereinbaren lasse. Glück Erläuter. der Pandekt. Th. I. §. 26.

trifft, ein berühmter Gelehrter [1]) uns bereits vorgearbeitet hat: so wollen wir, statt einer weitern Ausführung, die eigenen Worte desselben ganz hieher setzen. — „Die Frage: Ob aus der bloßen „natürlichen Billigkeit Klagen entspringen, ist nach „den Lehrbegriffen bezweifelt. Ein Satz, der zu „sehr nach den alten Römischen Formeln schmeckt, „als daß heut zu Tage davon Gebrauch gemacht „werden könnte. Die tägliche Erfahrung ist für deren Zulässigkeit, und folgende Gründe unterstützen „sie. 1) Selbst die Römischen Rechtsgelehrten, „nicht bloß die, welche unter dem Kaiser Augustus „gleichsam gesetzliche Gutachten ertheilten, haben „manche Klagen aus diesem Grunde eingeführt, welche in keinem Gesetze, weder ausdrücklich, noch „stillschweigend bestimmt waren. 2) Das geistliche „Recht, welches in processualischen Materien dem „Römischen Rechte vorzuziehen ist, will, daß nicht „mit Spitzfindigkeit untersucht werden soll, was für „eine Klage angestellet sei, sondern es soll nur auf „die Sache Rücksicht genommen werden, cap. 6. X. „de iudic. [2]). 3) Die Deutschen haben nie eine

1) Just. Claproth Einleitung in den ordentlichen Proceß, Erster Theil, erste Abtheil. §. 1. not. b.

2) Die Worte dieses cap. lauten also: Prouideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis; sed simpliciter,

„festgesetzte Anzahl der Klagen gehabt, sondern die „Verbindlichkeiten bloß nach der natürlichen Billig„keit abgemessen. Nie aber ist der Römische Pro„ceß, am wenigsten das Formularrecht, zur Anwen„dung gekommen. 4) Die Rechtslehrer tragen kein „Bedenken, da aus der natürlichen Billigkeit Kla„gen zu gestatten, wo die Römischen Gesetze keine „eingeführt haben. Wider L. 48. D. de rei vind. „und L. 33. D. de cond. indeb. verstatten Hu„ber [3]) und Heineccius [4]) heut zu Tage mit Recht „die

citer, et pure *factum ipsum*, *et rei veritatem* secundum formam canonum et sanctorum patrum instituta inuestigare curetis. Mancher Advocat und Procurator, auch wol nach Gelegenheit mancher Richter, dem herzlich bange werden sollte, wenn er das eigentliche genus actionis institutae vel instituendae angeben müßte, hat Ursach, hiefür das Andenken des Pabstes Alexander III. zu segnen: *Tibi molliter ossa quiescant!* obgleich die wahre Absicht des angeführten Textes keinesweges dahin geht, das gründliche Studium der Lehre von Klagen und Einreden, welches leider, wie die Erfahrung bei hohen und niedern Gerichten ergiebt, sehr oft mit Assembleen, mit L'hombre und Hazardspielen in starke Collision geräth, ganz überflüssig zu machen.

3) Huber ad inst. tit. de rer. diuis. §. 40.

4) Heineccius elem. iur. ciuil. sec. ord. instit. §. 366. — Im allgemeinen urtheilte auch schon Adrian Beyer eben so als Claproth; und setzte hier die Deutschen Gebräuche dem Römischen Rechte entgegen: Nisi iure ciuili diserte probaretur obligatio, *utut iure naturali perfectissima* actionem non producebat —. Obligatio naturalis, siue quae *solo* vinculo aequitatis, siue

„die Klage nach der natürlichen Billigkeit demjeni„gen, welcher auf fremden Grund und Boden ge„bauet hat. Die Gränzen, wie weit Klagen nach „der bloßen natürlichen Billigkeit zugelassen wer„den können, sind diese: a) **muß die Billigkeit „nicht wider ein geltendes Gesetz anlaufen;** „b) **muß sie in einem unleugbaren Grundsatze „des natürlichen Rechts gegründet sein; und** „c) **ein Zwangsrecht zum Grunde haben.**“

§. 48.

II. Von der sogenannten obligatione naturali reprobata siue plane destructa.

Die zweite Eintheilung natürlicher Verbindlichkeiten, in solche, die das bürgerliche Gesetz durchaus verwirft — und solche, die zwar nicht bestätigt, aber auch nicht gemißbilligt sind — scheint in den Lehrsystemen noch manche Berichtigung zu erfordern, wenn sie der Wahrheit angemessen, und von allen Irrthümern gereinigt sein soll. Eine gänzlich aufgehobene natürliche Verbindlichkeit obligatio naturalis reprobata s. plane destructa ist nach der gemei-

siue iuris naturae nititur, moribus Germaniae regulariter actionem producit. Delin. iur. German. Lib. 3. cap. 1. §. 3. u. 19. Auch Hoepfner Theoret. prakt. Comment. §. 1096. u. 97. ist damit einig, daß heutiges Tages aus jeder vollkommenen natürlichen Verbindlichkeit, wenn die bürgerlichen Gesetze nicht ein anders verordnen, eine Klage Statt finde.

nen Erklärung vorhanden, wenn durch positive Gesetze einer natürlichen Verbindlichkeit alle Wirkung genommen worden. Der unterscheidende Character wird darin gesetzt, wenn die Rechte Jemanden verstatten, dasjenige, was er vermöge der natürlichen Verbindlichkeit schon gegeben hat, vermittelst der condictio indebiti wieder zu fordern. Dieß ist es, was die Gelehrten im allgemeinen zur Erläuterung der Sache hinreichend glauben; und man wird schwerlich in den Systemen und Lehrbüchern etwas bestimmteres antreffen. Zuvörderst ist aber 1) diese Unwirksamkeit gewisser natürlichen Verbindlichkeiten in bürgerlichen Gerichten eigentlich nur die Folge des veränderten Verhältnisses, worin diese oder jene sonst natürlich verbindliche Handlung nach Anordnung der positiven Gesetze zu betrachten ist. Daher muß auch die Nothwendigkeit einem Jeden von selbst einleuchten, daß dieses Verhältniß erst gehörig untersucht, und eben daraus das Resultat erklärt werde [1]). Statt dessen hat man die ganze Theorie auf das Letztere eingeschränkt, und das Principium selbst fast gänzlich

1) Hugo Donellus Lib. XII. *Comment. iur. ciuil.* Cap. 2. n. 50. in den Worten: Ubi sit haec obligatio atque hoc vinculum naturae *ex causa et origine* aestimandum est. Ex effectu autem non potest de illo responderi, nisi praepostere. Prius enim obligationem esse oportet, sic deinde quaeri, quem effectum habeat.

gänzlich darüber aus der Acht gelassen. Daher werden auch unter der Benennung: obligatio naturalis reprobata, manche Fälle gleich behandelt, die doch in mehr als einem Betrachte noch sehr verschieden sind. 2) Die Frage: ob mit dem veränderten Verhältnisse im bürgerlichen Zustande, die Behauptung einer noch fortdaurenden natürlichen Verbindlichkeit aus gewissen Handlungen und Geschäften überall bestehen könne? ist dabei gar nicht gehörig zur Untersuchung gekommen. Die gemeine Theorie, welche nur von der Wirksamkeit in Gerichten ausgeht, kann hierüber keine hinlängliche Erläuterung gewähren. Denn Verbindlichkeit an sich, und gerichtliche Wirkung derselben sind zweierlei. Jene kann allerdings an sich immer noch vorhanden sein, obgleich diese nicht Statt findet. Die Rechtsgelehrten sind daher auch ziemlich unbestimmt, sobald sich ihr Vortrag der gedachten Frage nähert [2]). Eine genauere

2) Frommann diss. de obligatione naturali §. 61. in den Worten: Interdum factum aliquod sua natura haud turpe, pro turpi habitur, *legis ciuilis prohibitione interueniente.* Quae tamen prohibitio promissorum vix ab omni obligatione, ad minimum non a naturali liberabit. Wir werden in der Folge sehen, wie bald dieser Schriftsteller wieder einlenken, ja sich selbst widersprechen könne. Vasquius *controuers. illustr.* XVI. 2. behauptet: *omnem* conuentionem, modo naturalis subsit aequitas, etsi iure ciuili non tantum destituatur, sed et pro nulla habeatur, vinculum naturale producere.

genauere Prüfung, ob und in wiefern das positive Recht diese oder jene an sich natürlich erlaubte und verbindliche Handlung eigentlich verbothen, oder nur in Ansehung der Rechtspflege für nichtig, ganz oder zum Theil unwirksam erklärt habe, würde natürlich der Anlaß zu einer bestimmtern Theorie geworden sein. Eben so ist auch 3) das angegebene unterscheidende Kriterium, daß in Fällen obligationis reprobatae, auch die geschehene Zahlung zurückgefordert werden könne, nach Verschiedenheit jener gesetzlichen Vorschriften, näher zu bestimmen. Wenn gefragt wird, ob die Zurückforderung in gedachten Fällen auch dem zu Statten komme, der wissentlich zahlte, wozu ihn kein Richter verurtheilen konnte? so dürfte uns die gemeine Lehre keine zureichenden Gründe darbiethen, um diese Frage überall gehörig zu beantworten. Und gleichwohl hätte doch schon der Unterschied, welcher in diesem Betrachte zwischen der Bürgschaft einer Frauensperson und dem Hazardspiele, wie auch dem bösen Wucher obwaltet, etwas aufmerksamer auf die Sache machen können.

§. 49.

III. Von den Liebespflichten.

Im vorigen §. sind der gemeinen Theorie, bei Gelegenheit der nach Vorschrift bürgerlicher Gesetze ganz unwirksamen natürlichen Verbindlichkeit, verschiedene Mängel vorgeworfen worden. Einige

Rechts-

Rechtslehrer haben aber diese Materie noch reichhaltiger zu machen gesucht, indem sie sogar die an sich schon nicht erzwingbaren Pflichten — officia humanitatis — mit denen in eine Classe bringen, welchen das bürgerliche Recht die gerichtliche Wirkung entzogen hat [1]). Wahr ist es, daß die Erfüllung derselben nicht mittelst einer Klage gefordert werden kann. Allein dieß ergiebt schon die Natur und das Wesen dieser Pflichten selbst; und sie können daher mit wirklichen Zwangspflichten, die nur durch positive Vorschrift unerzwingbar geworden sind, durchaus nicht ohne Widerspruch als gleichartig behandelt werden. Andere Rechtslehrer [2]) machen es nicht viel besser, wenn sie die sogenannten unvollkommenen Pflichten mit der eingeschränkten natürlichen Verbindlichkeit vermengen, die zwar nicht klagbar ist, aber doch die Zurückforderung des einmal Bezahlten ausschließt. Wahr ist es, auch die Erfüllung jener Pflichten der bloßen Menschenliebe kann nicht wieder zurückgefordert werden. Allein der Grund davon ist nicht, wie bei den eigentlichen Zwangs-

1) Man findet eine solche Classification unter andern bei Westenberg diss. I. de causis obligationum Cap. 4. §. 9. sequ. imgleichen bei Hahn ad Wesenbecium Tit. *de obligationibus et act.* n. V.

2) Hugo Grotius I. B. et P. Lib. 2. c. 14. n. 6. Lauterbach *Compend. Pandectar. Tit. de condict. indeb.* pag. 200. Hellfeld iurisprud. forens. §. 829.

Zwangspflichten, die Verbindlichkeit an sich, sondern die freiwillige Leistung oder Weggabe dessen, was der andere zu fordern kein Recht hatte. Quia donare voluit, sagen die Gesetze [3]), und Cocceji fügt sehr richtig hinzu: non quia debitum naturale fuit; — — sed quia nunc donatum, non ex causa praecedente, sed ex ipsa solutione, quae hic donatio est [4]). Da wo man sagen kann, daß die Verbindlichkeit an sich jene Zurückforderung ausschließt, kommt auch der Irrthum dem Bezahlenden nicht zu Statten. Genug, daß er schuldig war. Es wird selbst condictio indebiti dadurch ausgeschlossen, die sich im Irrthume gründet. Sollte sich die Sache mit den nicht erzwingbaren Verbindlichkeiten eben so verhalten: so würde folgen, daß, wenn Jemand etwa glaubte, seinem Wolthäter eine Anleihe schuldig zu sein, und aus Irrthum bezahlte, dennoch wegen der natürlichen Verbindlichkeit zur Wiedervergeltung, die condictio indebiti wegfalle.

Dieß

3) L. 65. §. 2. D. de condict. indebiti.

4) *Sam. de* Cocceii *in iure controuerso* Lib. XII. Tit 6. VI. Quaest 5. *Hugo* Donellus Lib. XII. comment. iuris ciuilis cap. 2. §. *Quaesitum est* etc. Tom. II. p. m. 8. Man lese auch vorzüglich bei dieser Materie: *Henrici de* Cocceii diss. *de antidoris* in dessen *exercitationibus curiosis* Lemgoviae 1722. Vol. 2. p. 859. und *Joh. Balthas.* de Wernher diss. *de auctoritate iuris ciuilis circa obligationem naturalem* §. 9.

Dieß wird wol Niemand behaupten wollen [5]), und gleichwol ist in den Fällen, wo natürliche Verbindlichkeit an sich die Zurückforderung ausschließt, auch unter den ebengedachten Umständen die Retention und Compensation ohne Bedenken zulässig [6]). Inzwischen hat das Römische Gesetzbuch in einigen besondern Fällen den bloßen Liebespflichten die Wirkung beigelegt, daß sie an sich schon gewisser Maßen der Zurückforderung einer, wenn gleich aus Irrthum sine animo donandi geschehenen Zahlung, im Wege stehen [7]). Diese besondern Verordnungen hätte man aber billig als Ausnahmen von der Regel behandeln, nicht auf alle übrigen Pflichten der Art ausdehnen sollen [8]). Man pflegt endlich im Allgemeinen

5) *Henr.* de Cocceii in der angeführten Dissertation Tit. 3. §. 9. *Sam.* de Cocceii in iure controuerso, imgleichen Donell am angeführten Orte nehmen hieraus mit Recht den vorzüglichsten Grund für ihre Meinung her.

6) L. 6. D. *de compensat.* *Henr.* Zoesius *Comment. ad Pandect.* Lib. XII. Tit. VI. n. 6. 7. *Joh.* Robertus Lib. I. *Sentent. iur.* Cap. VI. Bachov de actionib. Diss. IV. th. 16. *Anton.* Schulting Diss. *de obligat. natur.* Cap. IV. in seinen Comment. acad. Tom I. pag. 13.

7) L. 32. §. 2. D. de condict. indebiti. Schulting a. a. O. Cap. 6. u. 12.

8) Quod vero quidam omnem ex quacunque tandem pietate, humanitate et misericordia obligationem huc transferunt, vereor, ne sit ἀπροσδιονυσον; quum causae hae, si solae sint, nil efficiunt aliud, quam

meinen zwar nicht unbemerkt zu lassen, daß eine sogenannte unvollkommene Verbindlichkeit zum öftern durch bürgerliche Gesetze zur Zwangpflicht erhoben werde. Daß aber dieser Fall sich nicht immer gleich bleibe, sondern in mancherlei Verschiedenheit eintreten könne, daß die Civilgesetze hier addendo fast eben die Modificationen beobachten, wornach sie bei den natürlichen Zwangpflichten detrahendo verfahren, folglich jene Verbindlichkeiten bald durch Klagen, bald aber nur durch Einreden, durch Compensation und Zurückbehaltung geltend gemacht werden können, dieß alles genau zu entwickeln, und auf die wahren Gründe zurück zu führen, hat man sich nicht angelegen sein lassen.

§. 50.

IV. Von der sogenannten obligatione naturali haud reprobata.

Die Ordnung führt uns nunmehr viertens zu der natürlichen Verbindlichkeit, welche in Ansehung der gerichtlichen Wirkung durch bürgerliche Gesetze nur ein-

quam ut pietatis gratia *a sciente* praestita frustra repetantur. Huc refero L. 14. §. 7. D. de religios. Aliae, quas adducunt, nil huc faciunt. SCHULTING Cap. VII. pag. 19. In Ansehung der Gesetzstellen, worauf man sich vorzüglich zu berufen pflegt, LL. 32. §. 2. 52. und 65. §. 2. D. *de condict. indeb.* beziehe ich mich auf meine Schrift: *de usuris indebite solutis, earumque tam repetitione, quam in sortem imputatione* §. 7. p. 44.

eingeschränkt ist; Obligatio naturalis *efficax* wird sie von verschiedenen genannt [1]), weil sie doch einigen Effect in foro ciuili hat; von andern aber ineficax [2]), weil sie nicht völlig wirksam ist. Bei den Neuern ist die Benennung: obligatio naturalis haud reprobata, die gewöhnlichste [3]). Fragt man nun, in wie fern sie durch positive Gesetze eingeschränkt sei? so ist die gewöhnliche Antwort diese: „Es findet wegen solcher Verbindlichkeiten **gar keine** „**Klage**, wol aber die ganze Summe aller übrigen „gerichtlichen Wirkung Statt. Man kann eine Einrede daraus hernehmen, das Zurückbehaltungsrecht „ausüben, die Compensation vorschützen, sich an den „Bürgen, wie auch an die verpfändeten Sachen halten, u. d. m.“ Solchergestalt reducirt sich also das Verhältniß aller natürlichen Verbindlichkeiten in Absicht der gerichtlichen Wirkung im Ganzen nur auf zwei Fälle: Entweder die Verbindlichkeit ist durchaus **ohne allen Effect**, oder **nur nicht klagbar**, übrigens

1) *J. O.* Westenberg Dissert. I. *de causis obligationum* Cap. 4. §. 7. 8. Hahn ad Wesenbec. tit. de obligat. et action. N. V. Schulting de naturali obligatione Cap. 4. verglichen mit Cap. 5. im Anfange; woraus deutlich erhellet, daß an der ersten Stelle in der neuesten Ausgabe aus Versehen die Worte: *aliam efficacem*, ausgelassen worden sind.

2) *Hugo* Donellus Lib. XII. Comment iur. ciuil. Cap. 2. Num. 20. Tom. 2. pag. 6.

3) Hellfeld iurispr. forens. §. 26. Hoepfner elem. iur. ciuil. Heinecc. §. 767.

gens aber völlig wirksam. Daß in diesem Lehrsysteme noch manche Lücke vorhanden sei, ist leicht zu erweisen. Unter den übrigen Wirkungen, welche diesen Verbindlichkeiten noch verbleiben sollen, sind einige, die sich bei der fehlenden Befugniß zu klagen, unmöglich in ihrem ganzen Umfange durchgängig annehmen lassen. Soll wegen einer Verbindlichkeit, die an sich nicht klagbar ist, die Verpfändung, und die Bürgschaft vollgültig sein: so entsteht die Frage: in wie fern der Gläubiger sich an das Pfand und den Bürgen halten dürfe? Kann er dieß durchgängig in dem ganzen Umfange, wie er sonst dazu berechtigt ist, wenn die Hauptverbindlichkeit völlig wirksam ist? Gesetzt also, der filius familias, dem ich Geld angeliehen habe, hat mir eine hypothekarische Verschreibung ertheilt; oder es hat sich Jemand für seine Schuld bei mir verbürgt, kann ich nunmehr das Pfand, es befinde sich in meinem, oder in des Schuldners, oder eines Dritten Besitze, ohne weitere Ausnahme wahrnehmen und **verfolgen**: Kann ich den Bürgen *indistincte* in Anspruch nehmen? Oder, wenn er sich etwa nach Verhältniß der Sache des beneficii cedendarum actionum bedienen dürfte, wie bin ich vermögend, dieser seiner Befugniß zu genügen, der ich selbst kein Recht zu klagen habe? Wer diese Fragen etwa ohne alle Schwierigkeiten finden sollte, der beurtheile einestheils nicht alle Leser nach

seinen

seinen Einsichten, anderntheils aber wird man wenigstens zugeben, daß es nicht verantwortlich sei, wenn unsere Lehrbücher und Systeme hierüber nicht die mindeste bestimmte Aufklärung enthalten, sondern den Grundsatz, daß wegen einer bloß natürlichen nicht klagbaren Verbindlichkeit, die Verpfändung sowol, als auch die Verbürgung gültig geschehen könne, in möglichst allgemeinen Ausdrücken hinwerfen, ohne sich im geringsten mit einer genauern Entwickelung zu befassen. Vorjetzt nicht mehr hievon; das wahre Verhältniß der Sache gehörig auseinander zu setzen, wird in der Folge unsere Beschäftigung sein. Ausser den bisher erwähnten Mängeln des gewöhnlichen Lehrbegriffs zeichnen sich aber zwei noch ganz besonders aus, indem sie auf unser Rechtssystem im Ganzen einen beträchtlichen Einfluß haben. Von diesen daher sogleich mit Mehrerm.

§. 51.

V. Es genügt nicht, wenn die natürliche Verbindlichkeit, deren gerichtliche Wirkung nur zum Theil eingeschränkt worden ist, bloß dahin bestimmt wird, daß die Gesetze deshalb gar keine Klage, wol aber die übrigen Effecte zulassen.

Es giebt allerdings verschiedene Fälle, wo Jemand nach natürlichen Rechten vollkommen schuldig

ist, einem andern etwas zu leisten, seine Verbindlichkeit auch im Gerichte nicht ganz unwirksam, sondern nur gewissermaßen eingeschränkt ist, dergestalt, daß der Gläubiger nicht durchgängig diejenigen Mittel gebrauchen darf, welche der Regel nach, um ein vollkommenes Recht geltend zu machen, Statt finden. Denken wir uns nun auf der einen Seite die ganze Summe dieser gerichtlichen Wirkungen, so werden wir auch auf der andern Seite sehr leicht einsehen, daß die Einschränkung derselben sehr verschiedener Art sein könne. Jede Befugniß, wenn sie in einem wirklichen Zwangsrecht bestehet, berechtigt uns 1) unsere Forderung vermittelst einer Klage zu verfolgen, und zwar so, daß wir 2) gänzlich, ohne Abzug, auch 3) zur gehörigen, durch Vertrag, oder Gesetz bestimmten Zeit befriedigt werden. Der Schuldner muß auch 4) gerade das leisten, was ihm wirklich obliegt, nicht, wie man sagt, aliud pro alio. Der Gläubiger ist aber berechtigt, 5) seine Schuld mit seiner Forderung zu compensiren, 6) sich an die Bürgen und Pfänder zu halten. 7) Was der Schuldner bezahlt, wird ein wirkliches Eigenthum des Gläubigers, daher auch jener die Einmal geleistete Zahlung nicht wieder zurückfordern kann; vielmehr darf der Gläubiger, 8) wenn der Schuldner etwa wider ihn klagend auftreten sollte, seinen Anspruch theils durch die Widerklage verfolgen, theils durch vorge-

schützte

schützte Einreden decken. Gleichwie also die Rechte des Gläubigers, und die Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit mancherlei sind, so lassen sich auch natürlicher Weise hier eben so viele Einschränkungen denken, als es Fälle geben kann, und wirklich giebt, wo bald die eine, bald die andere Wirkung durch bürgerliche Vorschrift entweder ganz oder nur zum Theil entfernt ist. Gehen wir nun die bürgerlichen Gesetze durch, so zeigt sich auch diese Verschiedenheit wirklich. Bald ist wegen einer natürlichen Verbindlichkeit die **alleinige Klage durchaus** unzulässig, bald nur **in gewisser Hinsicht**, so, daß z. B. nicht die **ganze Schuld**, wol aber ein Theil davon, eingeklagt werden kann; bald muß der Gläubiger aliud pro alio annehmen, bald darf er auf den ordentlichen Zahlungstermin nicht bestehen, sondern muß dem Schuldner Nachsicht gönnen; u. d. m. Daß also die Lehre, welche die ganze **Einschränkung** des gerichtlichen Effects natürlicher Verbindlichkeiten lediglich dadurch bestimmt, daß nur die Klage **gänzlich** wegfalle, alle übrige Wirkungen aber fortdaurend blieben, daß diese Lehre offenbar unzulänglich sei, fällt in die Augen. Schon was **Paulus** [1]) und **Julian** [2]) fast mit gleichen Worten an

1) L. 10. D. de O. et A. Glück Erläuter. der Pandekt. §. 26. n. 24.

2) L. 16. §. 4. D. *de fideiuss.* Gothofredus, imgleichen

gemerkt haben: Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit, macht jene Theorie bedenklich; und wir finden sie vollends unzutreffend, wenn wir erwägen, 1) daß sogar gegen einen Pupillen, welcher ohne Einwilligung des Vormundes contrahirt hat, die Klage nicht durchaus unzulässig ist, sondern, daß er bekanntlich belangt werden kann, in so fern er durch den Handel reicher geworden ist. *Naturaliter* tamen, so lauten die Worte des Ulpian [3]), obligatur, in quan-

chen Hotomannus Lib. III. obseruat. cap. 2. sind der Meinung, daß in beiden angeführten Gesetzen: actio *non competit*, zu lesen sei. Dieß verwirft Jauch Meditat. crit. *de negationib. Pandect.* cap. 14. n. 19. Ein solcher Mißbrauch der Kritik ist freilich der kürzeste Weg, aus aller Verlegenheit zu kommen. Wer denkt aber hiebei nicht an die Regel: Ad emendationem textus non confugiat criticus, nisi vel ex codicibus manuscriptis seu antiquis editionibus, vel ex lectionis, quam emendat, manifesta absurditate aut obscuritate adpareat, locum emendandum in mendo cubare. *Dan.* Nettelbladt *System. elem. iurispr. gener.* §. 229. Mehr von den angeführten Gesetzen in der folgenden Note.

3) L. 5. pr. D. *de auctoritate tutorum.* Dessen ungeachtet schreibt Pomeresch Diss. de naturali obligat. thes. 22.: Pupillus locupletior factus non tam naturaliter obligatur, quam ciuiliter. Anders urtheilt Neller in Diss. eiusd. argum. §. 10. verb.: Quaedam obligationes naturales actionem producunt; verba

quantum locupletior factus est; hinc in pupillum non tantum tutori, verum cuiuis *actionem in quantum locupletior factus est*, dandam esse, D. Pius rescripsit; daß ferner 2) in verſchiedenen Fällen dem Schuldner die Rechtswolthat ertheilet worden iſt, nur **in ſo fern**, als es ſein ſtandesmäßiger Unterhalt zuläßt — in quantum facere potest, belangt werden

verba enim L. 10. D. de O. et A. *naturalis obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit* — manifeste supponunt, ex *aliquibus obligationibus naturalibus actionem competere*. Sic. v. g. contra pupillum actio locum habet, in quantum locupletior existit. Auch *Tim.* Faber Diss. VIII. ad Institut. §. 12. ſucht die angeführten LL. 10. D. de O. et A. und 16. §. 4. de fideiuss. mit der Verbindlichkeit des Pupillen, und der daher entſpringenden Klage zu erläutern. Mihi, ſchreibt er, probabilius semper visum L. 10. de obl. et act. et L. 16. §. 4. de fideiussor. de huiusmodi genere obligationis naturalis accipiendas esse. Satis enim in §. 4. cit. L. 16. se explicat Iureconsultus, atque indicat, non de aliis obligationibus se agere, quam ex quibus abusiue debitores constitui dicantur, et debitum nisi improprie recipi; quod in obligationibus iuris gentium, quae iure ciuili probatae sunt, neutiquam locum habet. Weiter iſt hiebey nachzuſehen: *Euerh.* Balck Elect. iur. Lib. I. cap. 21. 22. 23., welcher die Frage unterſucht: quatenus obligatio naturalis actionem producat; und L. 10. de O. et A. dahin erklärt: non loqui Paullum de tali tantum obligatione, qualis est in pupillo locupletiore facto, sed de obligatione naturali, adiecto a iure ciuile medio actionis et exceptionis.

zu können [4]). Ist er aber darum weniger natürlich verbunden, **das Ganze** zu bezahlen? Ich denke nicht. Gesetzt also, er bezahlt seine ganze Schuld, weil er glaubt, daß sein Unterhalt dadurch nicht leiden werde, sollte er wol, wenn er hierin geirret hätte, die Zurückforderung mit gutem Erfolge anstellen können? **Ulpian** entscheidet die Frage? [5]): Et maritus, quum nil facere possit, si dotem soluerit, in ea causa est, ut repetere non possit. Hier ist also, wie ein Jeder siehet, eine natürliche, in Ansehung des gerichtlichen Effects eingeschränkte Verbindlichkeit vorhanden, wobei jedoch das Recht zu klagen nicht **gänzlich wegfällt**, sondern nur **gewisser Maßen limitirt** ist. Dieß mag vorläufig zur Bestreitung des gewöhnlichen Lehrbegriffs in dieser Hinsicht genügen. Mehrere Arten solcher Limitationen der Rechte des Gläubigers, und der Wirkung natürlich vollkommener Verbindlichkeiten, werden sich unten finden.

§. 52.

VI. Es nicht zu billigen, daß in verschiedenen Rechtsmaterien, welche unstreitig hieher gehören, die natürliche Verbindlichkeit und deren

4) L. 16. bis 24. incl. D. *de re iudicata.* — *Joh. Aug.* Hellfeld Diss. de *beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure*, in opusc. Num. 25.

5) L. 9. D. *de condict. indeb.*

ren Verhältniß in foro ciuili gar nicht unterſucht, ſondern gewöhnlich übergangen wird.

Eben daher, weil man dieſe Materie bisher ſo einſeitig behandelt hat, iſt es geſchehen, daß in ſehr vielen Fällen, wo natürliche Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung allerdings in Betrachtung zu ziehen iſt, gewöhnlich gar nicht weiter daran gedacht, ſondern dieſer wichtige Gegenſtand mit Stillſchweigen übergangen wird, grade als ob die Geldanleihe eines filii familias, die Bürgſchaft der Frauensperſonen und das pactum nudum, die einzigen Geſchäfte wären, bei denen davon die Rede ſein könnte. Man verſuche einmal, die Syſteme und Handbücher des bürgerlichen Rechts um Rath zu fragen, was in Anſehung der natürlichen Verbindlichkeit Rechtens ſei, wenn eine Schuld verjähret worden, — wenn eine Ceſſion wider das Anaſtaſianiſche Geſetz geſchehen iſt, — wenn der Vormund, welcher Schuldner oder Gläubiger des Minderjährigen war, ohne ſolches anzuzeigen, die Tutel übernommen, und ſich dadurch den Verluſt ſeiner Zuſtändniſſe nach bürgerlichen Rechten zugezogen — wenn der Gläubiger wegen gemißbrauchter Selbſthülfe ex edicto diui Marci ſein Recht eingebüßt hat — wenn der Schuldner vermöge L. 2. C. *ne liceat potent.* von den bisherigen Anſprüchen be-

freiet worden ist, — u. d. m. Bleibt in diesen Fällen die natürliche Verbindlichkeit an sich fortdaurend? Findet also, wenn der Schuldner aus Irrthum bezahlet hätte, eine Zurückforderung Statt? Hält man dieß nicht dafür: so fragt sich ferner: was in Ansehung der übrigen Effecte zu behaupten sei, welche man da, wo condictio indebiti wegfällt, der natürlichen Verbindlichkeit beizulegen pflegt? — Findet man nun in allen diesen Fällen, der natürlichen Verbindlichkeit kaum mit einem Worte erwähnt, noch weniger das Verhältniß und die Wirkung derselben hinreichend aus einander gesetzt, so glaube ich nunmehr so viel dargelegt zu haben, daß der gewöhnliche Vortrag dieser Materie überall unvollständig, und zweckwidrig, folglich eine genauere Entwickelung der Sache nach allen dabei eintretenden Verhältnissen durchaus erforderlich sei.

Zweiter Abschnitt.

Vorbereitung

zu einer vollständigen Theorie,

durch genaue Bestimmung des Begriffs

der natürlichen Verbindlichkeit

nach allgemeinen und besondern Verhältnissen.

§. 53.

Natürliche Verbindlichkeit im weitesten Sinne.

Die natürliche Verbindlichkeit, wovon wir bereits in der vorläufigen Berichtigung (§. 4.) den allgemeinen Begriff angegeben haben, läßt sich vorzüglich in einer dreifachen Rücksicht betrachten. **Erstlich** überhaupt, im weitesten Sinne, wenn wir darunter eine jede in den Vorschriften des Naturrechts schon gegründete Pflicht begreifen [1]); **zweitens** in Rücksicht auf den bürgerlichen Zustand, wenn wir untersuchen, welche Pflichten die Glieder eines Staats als natürliche Verbindlichkeiten anerkennen müssen; **drittens** in Ansehung des gerichtlichen Effects, wenn die Frage entsteht: in wie fern eine wirklich vorhandene natürliche Verbindlichkeit

in

1) In dieser allgemeinen Bedeutung sagt **Paullus** L. 84. D. de Regul iur.: Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

in foro ciuili verfolgt werden könne? Natürliche Verbindlichkeiten in der erstern Bedeutung, welche sich auf keinen besondern Zustand des Menschen allein einschränkt, aber auch keinen ausschließt, sind es, welche a) dem Menschen ohne Rücksicht auf den gesellschaftlichen Zustand obliegen, oder b) aus dem Wesen irgend eines Zustandes, worin der Mensch sich nur immer befinden mag, herfließen. Eine jede Handlung also, welche in irgend einem Verhältnisse des Menschen vermöge des absoluten oder hypothetischen Naturrechts verbindlich ist, bringt in diesem Verstande eine natürliche Verbindlichkeit hervor; **ob sie gleich unter andern Verhältnissen, und sobald wir einen besondern Zustand des Menschen zum alleinigen Gegenstand unserer Betrachtung nehmen, diese Wirkung ganz verlieren, nicht nur unverbindlich, sondern gar unerlaubt werden kann.** Da z. B. nach dem Naturrechte an sich unverbothen, folglich erlaubt und rechtsverbindlich sind a) die Heirathen unter den nächsten Anverwandten [2], b) die Polygamie [3], c) die sogenannten Glücks-

oder

2) *Hugo* Grotius I. B. et P. Lib. 2. cap. 5. §. 12. sequ. *Phil.* Ram Diss. *de incestu.* Trai ad Rhen. 1774. in Oelrichs *collect. Diss. iur. nat. et gent. in acad. belg. hab.* Bremae 1777. p. 73. sequ.

3) Augustinus *de doctrina Christiana* Lib. 3. cap. 12. verb.:

oder Hazardspiele [4]); ferner auch d) die Zinsen, welche das bürgerliche Verboth überschreiten, an und für sich betrachtet dem Naturrechte noch nicht zuwiderlaufen [5]), so irret man keinesweges, wenn man in allen diesen Fällen eine natürliche Verbindlichkeit nach der allgemeinen Hinsicht, wovon jetzt die Rede ist, behauptet. Dem Menschen als Menschen steht unstreitig die Befugniß zu, erwähnte Verbindungen einzugehen; er wird also obligirt, zu erfüllen, was er zu versprechen berechtigt war. — Gleichwie man aber seinen Rechten und Zugeständnissen sowol ausdrücklich, als auch stillschweigend entsagen kann, so folget natürlich, wenn wir uns den Menschen in solchen Verhältnissen gedenken, welche jene ursprüngliche Freiheit aufhörend machen, daß sodann auch jede Handlung, und Verbindung, welche nunmehr seiner Willkühr und Disposition gänzlich entzogen ist, keinesweges die Wirkung mehr haben könne, welche sie außer diesem Zustande hervorgebracht haben würde.

§ 54.

Natürliche Verbindlichkeit im bürgerlichen Zustande.

Unter

verb.: *Erat uxorum plurium simul uni viro habendarum inculpabilis consuetudo.*

4) Hellfeld iurisprud. forens. §. 757.

5) *Gerard* Noodt *de foenore et usuris* Lib. I. c. 4. in oper. omn. Colon. 1732. Tom. I. p. 158.

Unter allen hypothetischen Verhältnissen, worin wir uns den Menschen denken können, ist unstreitig die bürgerliche Gesellschaft das merkwürdigste. Sie unterscheidet sich von allen übrigen Verbindungen durch ihren wesentlichen Zweck, d. i. — Sicherheit und möglichst erleichterte Ausübung aller vollkommenen Rechte[1]) —. Natur und Absicht dieser Gesellschaft geben der Summe von Rechten und Verbindlichkeiten ihrer Mitglieder, eine ganz andere Richtung. Entstehen auf der einen Seite aus dem Wesen solcher Vereinbarung manche Befugnisse und Obliegenheiten, welche außer derselben natürlich wegfallen, so erfordert auch auf der andern Seite ihr Zweck sehr oft, daß Dinge, die dem Menschen als Menschen frei standen, folglich Rechte und Verbindlichkeiten veranlassen konnten, nunmehr gänzlich seiner Willkühr und Befugniß entnommen werden müssen, mithin auch keine Quelle derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten mehr sein können, welche außer diesem Zustande daraus erwachsen würden. Sobald wir uns ferner einen Staat gedenken, so ist dem Wesen desselben, mithin der Natur, und gesunden Vernunft nichts angemessener, als daß den Vorschriften des

1) J. G. E. Maaß über Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, und die bürgerlichen insbesondere; Halle 1794. Th. I. Cap. 15. *Car. Christian* Kohlschütter comment. de fine societatis ciuilis. Vitembergae 1793. Klüber kl. juriſt. Biblioth. XXV. 105.

des bürgerlichen Gesetzgebers von denen, quibus gloria obedientiae relicta est, vollkommen gehorchet werde [2]). Gesetzt nun, diese oder jene, nach dem absoluten Naturrechte erlaubte einseitige Handlung, die Schließung eines an sich eben so erlaubten Vertrags, wird von dem bürgerlichen Gesetzgeber durchaus verbothen, wer wollte es wagen, zu behaupten, daß aus solchen, nunmehr ganz unerlaubten Handlungen dennoch eine **natürliche** Befugniß und Verbindlichkeit der Staatsbürger fortdaure? Die im vorigen §. angeführten Beispiele mögen auch hier zur Erläuterung dienen. Gern will ich es zugeben, daß die Ehe unter nahen Blutsfreunden, die Polygamie, der bürgerlich verbothene Zinswucher, die Hazardspiele u. m. d., den Gesetzen der Natur an sich nicht zuwider sind. Sobald aber der verbiethende Wille des Regenten sich ihnen entgegen stellet, so läßt sich auch nicht weiter annehmen, daß daraus noch eine natürliche Verbindlichkeit des Bürgers Statt finde. Denn ist dieser einestheils nach den Vorschriften des Vernunftrechts verbunden, den Gesetzen des Staats, dessen Mitglied er ist, zu gehorchen, so läßt sich auch anderntheils ohne offenba-

ren

2) Quoniam eo ipso, quo subditi in imperium imperantis consensere, generaliter obedientiam in omnibus illis promisisse videntur, quae ad salutem publicam iubet, ac consituit. *Just. Henning* Boehmer iur. publ. uniuers. Lib. 2. c. 3. §. 14. not. u.

ren Widerſpruch keine natürliche Verbindlichkeit gradezu wider ſolche Geſetze behaupten [3]). Ueber das

3) L. 35. §. 1. D. de V. O. L. 61. eod. L. 5. C. de pact. conuent. Frommann *de obligat. naturali* §. 48. sequ. in den Worten: Licentia imperantibus est, subditis facultatem faciendi, quod iuris naturalis permissiui est, adimere, ita ut hac facta ademtione eiusmodi personae a subiecto obligationis naturalis remouendae veniant. Etenim ad omnem constituendam obligationem duo principia, *voluntas* scilicet, et *potestas* requiruntur, quorum unum si defecerit, *nulla nasci obligatio potest*. Et ideo licet in personis huiusmodi voluntas esse obligandi adsit, quum tamen *facultatem hoc faciendi* ius ciuile ipsis ademerit, obligatio illa nullius est effectus —. Immo (§. 73.) ne quidem contra conscientiam peccat debitor, qui tali obligationi, etiam quum possit, non satisfacit. *Anton* Schulting Diss. *de naturali obligatione* Cap. 3. pag. 12. verb.: Quum saecularis legislator totum negotium pro infecto habere queat, quumque illi, tamquam Dei ministro, obedientes nos esse oporteat, etiam propter conscientiam, Rom. XIII, modo fraus malitiaque, quas leges non praesumunt, exulet, nulla, nisi in statu naturali, quem non pauci, veteres etiam, cum iure naturali confundunt, hominisue religiosi animo obligatio reperitur, cuius nullum in iure ciuili extat vestigium, nulla ratio habetur. Sic transactio super alimentis propria auctoritate celebrata perinde habetur, ac si nil fuerit actum. *Joh. Phil.* Slevogt Diss. *de obligatione naturali ex conuentione turpi.* Jenae 1681. Uebrigens haben unſere Civiliſten vorlängſt über die Frage geſtritten: An lex ciuilis possit impedire ortum naturalis obligationis? *Anton.* Merenda controuers. iur. Lib. 1. c. 9. citirt eine Menge

das Daſein oder Nichtdaſein einer natürlichen Verbindlichkeit iſt daher in gegebenen Fällen nicht füglich ein richtiges Urtheil zu treffen, wenn nicht zuvörderſt beſtimmt wird, ob von dem Menſchen als Menſchen, oder von dem Mitgliede einer gewiſſen Republik, dem Bürger und Unterthanen, die Rede ſei? Freilich die allgemeinen Vorſchriften des abſoluten Naturrechts: Beleidige Niemanden, halte deine Verträge, laß einem Jeden das Seine ungeſtört, behaupten in allen Verhältniſſen, worin wir

L uns

Menge Rechtsgelehrten, welche an dieſem Streite Theil genommen haben. Schon **Baldus** und **Bartolus** befanden ſich mit darunter. Die Theologen glaubten ex capite conscientiae ein Wort mit einreden zu müſſen. Dadurch gewann die Sache groſſes Intereſſe. Wenn der Gegenſtand der Frage gehörig beſtimmt wird, iſt der ganze Streit ſehr bald geſchlichtet. Was der angeführte **Frommann** hier ſehr richtig über die Sache urtheilt, ſtimmt freilich mit einer andern Behauptung deſſelben, die ich §. 48. angeführt habe, nicht füglich überein. Unter andern läßt ſich auch hieraus abnehmen, in wiefern die Behauptung derjenigen gegründet ſei, welche den Concubinat, ob ihn gleich unſere Geſetze durchaus verbieten, dennoch für keine Sünde gehalten wiſſen wollen, indem weder das Naturrecht, noch die heilige Schrift dieſer Verbindung entgegen ſind. Iſt es denn nicht etwa auch ein Naturgeſetz, und befiehlt nicht ſelbſt die Bibel, daß wir der Obrigkeit, die Gewalt über uns hat, gehorchen, und der bürgerlichen Ordnung uns conformiren ſollen? Alles alſo, was wider dieſe Ordnung angeht, und Uebertretung der bürgerlichen Geſetze ausmacht, iſt auch eben dadurch wahre Uebertretung des Naturrechts, und der heiligen Schrift.

uns den Menschen denken mögen, in einer jeden Societät, welche Menschen errichtet haben, oder errichten können, ihre ungezweifelte Gültigkeit; es giebt nur wenige Fälle, wo eintretende Collision zum Theil davon Ausnahmen rechtfertigt. Allein, die Anwendung jener Grundsätze ist natürlich den Veränderungen unterworfen, welche der besondere Zustand des Menschen, und zwar vorzüglich der bürgerliche, mit sich bringt. Nie wird das Resultat dieser Anwendung treffend, und richtig sein, wenn nicht vorher außer Streit gesetzt worden ist, ob dasjenige, was im aussergesellschaftlichen Zustande Eigenthum des Menschen war, ad το suum gehörte, wie die Schule sich ausdruckt, ob dieses auch noch ad το suum des Bürgers zu rechnen sei, von seiner Willkühr abhange, und ob die nämliche Handlung, welche dem Menschen, als Menschen, frei stand, auch eben so dem Mitgliede der bürgerlichen Societät erlaubt, und endlich ein Unternehmen, welches im natürlichen Zustande den Rechten Anderer entgegen sein würde, in der bürgerlichen Gesellschaft von der nämlichen Beschaffenheit sei? Aus allem bisher Angeführten ergiebt sich nunmehr zweitens ein etwas engerer Umfang der natürlichen Verbindlichkeit, wenn wir solche nur auf diejenigen Pflichten einschränken, welche dem Menschen in der bürgerlichen Societät wirklich obliegen. Nach der oben bereits

reits angemerkten doppelten Hinsicht, gehören hieher 1) die Verbindlichkeiten des Menschen, als Menschen betrachtet, kurz alle natürlichen Verbindlichkeiten im weitern Sinne des Worts, in wiefern keine positive Anordnungen ihrer Fortdauer entgegen sind; 2) alle durch den bürgerlichen Zustand an sich gewirkten, und aus dem Wesen desselben entstehenden neuen Verbindlichkeiten, welche außer diesem Zustande gar nicht vorhanden sein würden; besonders auch 3) die Verbindlichkeit der Staatsbürger, und Aller, die unter dem Gesetze der Gesellschaft stehen, den Vorschriften ihrer positiven Gesetze Folge zu leisten. Dieser Punkt bedarf aber noch einer nähern Erläuterung, um ihn richtig einzusehen, und alle Mißdeutung zu vermeiden. Aus dem an sich wahren und richtigen Grundsatze, daß die Mitglieder eines Staats **natürlich** verbunden sind, den Vorschriften der Civilgesetze gemäß zu leben, haben einige Gelehrte behauptet, daß in der That alle und jede Verbindlichkeiten der Mitglieder des Staats als eben so viele natürliche Verbindlichkeiten anzusehen wären [4]). Sie haben in einigem Betrachte nicht unrecht. Wenn man aber daraus folgern wollte,

4) *Tim.* Faber Dissert. XXII. ad Institut. §. 2. führt aus mehrern Schriften anderer Rechtslehrer den Satz an: Dari nonnisi unicam, scilicet naturalem obligationem, quasi ciuilis, quae dicitur, nil nisi qualitas istius censeatur.

daß die Eintheilung in natürliche und bürgerliche Verbindlichkeiten, darum ohne Nutzen sei, oder wol gar wegfalle: so wäre freilich der Irrthum sehr auffallend. Denn da alle Verbindlichkeiten aus Gesetzen herzuleiten sind: so bleibt es doch immer ein wesentlicher Unterschied, ob in gegebenen Fällen die Gesetze der gesunden Vernunft allein schon genügen, um mittelst Anwendung derselben auf die vorkommende Handlung eine Zwangspflicht zu behaupten, oder ob wir die Regel unserer Handlungen, welche die Verbindlichkeit bestimmen soll, erst mittelst der Erfahrung aus positiver Sanction hernehmen müssen. Jene an sich schon natürliche Verbindlichkeit geht vielfältig weiter, als das bürgerliche Gesetz; dahingegen im zweiten Falle Recht und Pflicht lediglich von der positiven Vorschrift abhangen. In Voraussetzung eines gültigen positiven Gesetzes ist es freilich auch eine natürliche Pflicht, diesem Gesetze zu gehorchen. Allein, sobald von eigentlich bürgerlichen Instituten die Rede ist, läßt sich auch in diesem Betrachte selbst eine natürliche Verbindlichkeit an sich nicht weiter annehmen, als der Inhalt des Gesetzes mit sich bringt. Dieser Satz, welcher so klar ist, daß es fast überflüssig scheint, ihn hier besonders anzuführen, leitet uns auf wichtige Folgen, welche die Gelehrten nicht immer beachtet haben: und wovon wir vorläufig nur einige bemerken wollen.

Da

Da 1) der Erbe nach bürgerlichen Rechten schuldig ist, die Vermächtnisse zu bezahlen, jedoch nur so weit, daß er wenigstens den vierten Theil der Erbschaft ungekürzt behalte: so ist es sonderbar, wenn ältere und neuere Juristen behaupten, er sei **natürlich** verbunden, die Legata ohne allen Abzug ganz zu entrichten [5]), da doch das Testament, mit allen daraus entstehenden Rechten und Verbindlichkeiten, ein institutum ciuile ist, und folglich auch **keinen natürlichen Effect** weiter haben kann, als das Civilrecht ihm beigeleget hat [6]). 2) Alle Verbindlichkeiten, die das positive Recht erst eingeführt hat,

5) *Ant.* Schulting de obligat. natur. cap. 13. *J. O.* Westenberg Diss. 1. de caus. obligat. cap. 4. §. 13.

6) Es ist freilich unter Rechtsgelehrten und Philosophen immer noch eine bestrittene Frage: ob die Testamente auch nach dem Naturrecht zu den gültigen Dispositionen über das Seine gehören? Ueberzeugende Gründe des Zwangsrechts giebt es für die bejahende Meinung gar nicht. Inzwischen hat man sie neuerer Zeit wieder zu vertheidigen gesucht. Besonders ist sie von **Heydenreich** in den Originalideen über die interessantesten Gegenstände der Philosophie 1. B. in Schutz genommen worden. Dagegen sind aber **Schmalz**, über den natürlichen Grund der Erbfolge, in den Annalen der Rechte des Menschen und des Bürgers, 2. Heft; auch J. G. E. **Maaß** über Rechte und Verbindlichkeiten Cap. 12. weiter nachzusehen. Auch **Heydenreich** hat seine vorige Theorie wieder aufgegeben, und die Gültigkeit der Testamente nach dem Naturrechte bestritten. cf. Dessen Abhandlung über die Gültigkeit der Testamente, (außer der bürgerlichen Gesellschaft. II.) im Staate in den Annalen der Philosophie ꝛc. May 1795 p. 153.

gehen auch **an sich** nicht weiter, als der gerichtliche Effect derselben Statt findet: dahingegen die natürliche Verbindlichkeit, welche auch ohne positive Vorschrift vorhanden sein würde, dadurch **selbst** nicht aufhört, daß sie *in foro ciuili* nicht wirksam ist. Wenn daher der Gesetzgeber ordnet, daß künftig wegen einer gewissen bürgerlichen Obligation nicht weiter **geklagt** werden solle, so ist dieß eben so viel, als wenn er die Verbindlichkeit selbst aufhebt; ordnet er aber solches von einer natürlichen Verbindlichkeit: so bleibt diese **an sich** fortdaurend. Diese wird auch 3) durch die Verjährung nicht aufgehoben, hingegen alle Verbindlichkeiten, welche eigentlich in der bürgerlichen Legislation ihren Grund haben, werden durch den Ablauf der gesetzlichen **Zeit gänzlich** getilgt, so, daß auch keine natürliche Verbindlichkeit weiter nachbleibt. 4) Wenn die Civilgesetze einer natürlich verbindlichen Handlung gewisse Feierlichkeiten vorschreiben, unter welchen sie rechtsbeständig einzugehen, so läßt sich in allen Fällen, wo diese Solennitäten außer Acht gelassen worden sind, noch nicht behaupten, daß keine natürliche Verbindlichkeit aus der Handlung weiter Statt finde; wir werden vielmehr in der Folge oft das Gegentheil wahrnehmen. Ein bürgerliches Institut hingegen ist durchaus unverbindlich, sobald die vorgeschriebenen Feierlichkeiten nicht beobachtet sind; und es ist höchst

irrig,

irrig, wenn man in solchen Fällen wenigstens immer noch eine natürliche Verbindlichkeit behaupten will. Gesetzt, ein Vermächtniß sei ungültig gemacht, oder ein Testamentserbe nichtig eingesetzet, so ist im ersten Fall kein Erbe, und im zweiten kein gesetzlicher Nachfolger natürlich verbunden, eine Disposition des Verstorbenen, welche vermöge des Naturrechts an sich nicht verbindet, hingegen nach Vorschrift des Civilrechts ungültig ist, zu erfüllen [7]).

7) Heres enim non defuncto sed legi hereditatem debet, quam adimendi quidem, aut per legata et fideicommissa delibandi facultatem cuilibet patri familias, sanae mentis homini, lex dedit; verum *non alia ratione, quam voluntate legibus conformi;* ita ut si semel per testamentum aliquem successorem nominauerit, is ex lege talis maneat, etiamsi in posteriori testamento, sed imperfecto, vel alia qualibet voluntate imperfecta, utut alias pro seria habeatur, declarauerit, se nolle eum heredem esse; unde nulli dubitamus, quin si per errorem facti soluerint, id repetere possint, argum. L. 53. D. *de reg. iur.* Frommann de obligat. natur. §. 18. Eben so urtheilt Schulting c. l. cap. 12. verb.: Vexatissima est quaestio, an heres in foro conscientiae ultimam voluntatem minus solemnem implere teneatur? quod regulariter negandum puto. Nec enim defunctus aliter ac leges, quas sciuit, saltem scire debuit, permittunt, voluisse potuit; imgleichen *Ulr.* Huber Digress. Iustin. Lib. 3. cap. 34. 35. etc. etc. Mehr von dem Unterschiede zwischen der natürlichen, und positiven Verbindlichkeit, welches man allenfalls bei Nettelbladt System. elem. iurispr. germ. comm. general. §. 155. Lyncker comment.

in

§. 55.

Natürliche Verbindlichkeit im strengsten Verstande des Civilrechts.

Vorausgesetzt nun auch, daß das wirkliche Dasein einer solchen Verbindlichkeit nicht weiter zu bezweifeln ist, so entsteht doch wiederum eine andere Frage, deren Auflösung uns zu der dritten Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit im strengsten Verstande des Civilrechts, vorzüglich des Römischen, führen wird. Ist die vorhandene natürliche Zwangspflicht in Gerichten völlig wirksam? Daß diese Frage der Regel nach bejahet werden müsse, haben wir bereits oben §. 44. sequ. gezeigt. Inzwischen giebt es verschiedene Fälle, wo der Gesetzgeber es rathsam gefunden hat, die Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit in gewisser Hinsicht mehr dem innern Gefühle des Rechten und Anständigen zu überlassen, als einen äußern Zwang deshalb zu gestatten. Mehrere Ursachen können hiezu Anlaß geben [1]). Ist auf der einen Seite dem gemeinen Wesen daran gelegen, daß ein Jeder zur Erlangung seines Rechts mit Nachdruck geholfen werde,

in ius ciu. Lib. I. Tit. I. §. 49. 56. 57. *G. A.* Struv. Syntagm. iur. ciu. exercit. I. §. 59. *J.* Voet comment. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 6. §. I. und Hellfeld iurisprud. forens. §. 1188. nachlesen kann, übergehe ich hier mit Fleiß, da es eigentlich zu meinem Zweck nicht gehört.

1) *Hugo* Donellus *Comment. iur. ciuil.* XII. 2. Frommann *de obl. nat.* §. 35.

werde, so erfordert es auch auf der andern Seite der Endzweck des Staats, daß ein Jeder gegen ungerechte Anmaßung seines Mitbürgers möglichst in Sicherheit gesetzt werde. Hiemit aber würde es schon nicht bestehen, wenn die Zulässigkeit gerichtlicher Klagen ins Unendliche fortgienge, und dem vermeintlichen Gläubiger frei stünde, solche nach Gutbefinden zu verschieben, und zu einer jeden ihm beliebigen Zeit damit hervorzugehen. Daher zuvörderst die nützliche Anordnung des bürgerlichen Rechts, welche allen Klagen eine gewisse Zeit bestimmet, nach deren Abfluß sie nicht weiter Statt finden [2]). Giebt es Fälle, wo zwischen dem Gläubiger, und dem Schuldner ein solches bürgerliches Verhältniß obwaltet, vermöge dessen die Civilgerichte den Erstern nicht füg-

2) Leyser spec. 454. med. 1. bestärkt dieß mit folgenden Worten des berühmten Leibniz: Potest in ea dilatione esse non tantum culpa, sed et *dolus*, dum unus praesidia actionis suae diligenter seruat, ea spe, se, suosque aliquando posse in aduersarium aut eius heredes vel successores utilius agere, cum post multas mortes, rerumque conuersiones siue neglectu eius, cuius usus non satis intelligebatur, siue ipsa rerum humanarum labilitate, perierint ipsis praesidia exceptionum. Mehr inzwischen, als daß es nützlich, ja gewissermaßen nothwendig sei, daß die Verjährung durch bürgerliche Gesetze angeordnet werde, möchte ich hieraus nicht folgern. Daß sie aber schon selbst nach dem Naturrechte Statt finden sollte, ist und bleibt in alle Wege unerweißlich. Hoepfner Naturr. §. 110.

lich im Wege Rechtens unterstützen können, so finden wir darin den zweiten Grund der gerichtlichen Unwirksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten [3]). **Drittens**, ein jedes Versprechen, welches mit Ernst und Ueberlegung geschehen, und von der andern Seite acceptirt ist, wirkt freilich vollkommene Schuldigkeit, es zu erfüllen; um aber Unvorsichtigkeit, Uebereilung, und Leichtsinn so viel als möglich von rechtlichen Handlungen zu entfernen, haben die Civilgesetze in verschiedenen Fällen die Bündigkeit eines Vertrags oder sonstigen Handlung von einer gewissen Form abhängig gemacht, und wenn solche nicht beobachtet worden ist, die Rechtshülfe versagt [4]). **Viertens**, gewisse Personen stehen in der bürgerlichen Gesellschaft in solchem Verhältnisse, daß sie der Versuchung Schulden zu machen, vorzüglich ausgesetzt sind, jedoch dadurch leicht sich selbst und andern nachtheilig werden können; um daher nicht allein dieses zu verhüten, sondern auch der Arglist solcher Leute, welche unter jenen Umständen auf einen ungebührlichen Gewinn bedacht sind, Einhalt zu thun, haben die Gesetze es dienlich gefunden, dem Gläubiger, welcher solchen Personen creditiret, wenig-

3) Z. B. die natürliche Verbindlichkeit zwischen dem Herrn und dem Knechte, zwischen dem Vater und den Kindern die der väterlichen Gewalt unterworfen sind.

4) Daher z. B. die obligatio naturalis ex pacto nudo u. a. m.

wenigstens das ius agendi ganz oder zum Theil zu entziehen [5]). **Fünftens**, von der sonstigen Folge des Zwangsrecht, daß nämlich der Schuldner seinem Gläubiger völlig bezahlen muß, wenn er auch selbst für sich nicht das mindeste übrig behalten sollte, ist bisweilen nach den Regeln der Billigkeit, und andern Gründen eine Ausnahme nöthig, derentwegen die bürgerlichen Rechte nicht erlauben, daß der Gläubiger das ganze Vermögen des Schuldners zum Gegenstand seiner Befriedigung machen dürfe [6]). In allen diesen Fällen ist das Dasein einer natürlichen Verbindlichkeit an sich nicht zu bezweifeln, nur aber, und hierin besteht der unterscheidende Charakter, in bürgerlichen Gerichten ist sie nicht völlig wirksam. Wie nun überhaupt in unsern Rechtsbüchern dasjenige, was an sich zwar wirklich vorhanden ist, jedoch die bürgerliche Gültigkeit, und Wirkung nicht hat, im eigentlichen Verstande mit dem Namen des **natürlichen** bezeichnet zu werden pflegt

5) Z. B. die natürliche Verbindlichkeit solcher Personen, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, aus einer Geldanleihe; imgleichen nach verschiedenen provinzial Gesetzen die Verbindlichkeit der Studirenden und Soldaten, denen über die Summe der sogenannten Creditedicte geborget worden ist.

6) Hieher gehören alle diejenigen, denen die Gesetze das sogenannte beneficium competentiae ertheilt haben.

pflegt [7]), so verstehen auch zumal die Römischen Gesetze unter der natürlichen Verbindlichkeit im streng-

7) Die Worte, naturalis, naturaliter, haben auch sonst noch in der Sprache des Römischen Gesetzbuchs verschiedene Bedeutungen. Natürlich wird 1) alles dasjenige genannt, was wirklich geschieht, in der That vorhanden ist, und in sofern dem entgegen gesetzt, was die Gesetze als geschehen annehmen und behandeln, ob es gleich wirklich nicht geschehen ist. L. 49. D. *de solution.* Solutam pecuniam *naturaliter* intelligimus, *si numerata est creditori.* L. 4. D. *de religios. et sumt. fun.* Naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus in quo infertur. — Id est, wie Strauch in Lexico particul. iur. Ienae 1719. p. 129. hinzufügt: seclusa fictione, qua vel hereditas iacens defunctum repraesentat, vel successor defunctum. 2) Wird das Natürliche dem entgegen gesetzt, was durch Kunst, oder sonst facto hominis hervorgebracht worden ist. L. 20. §. 1. D. *de seruit. praedior. rusticor.* Seruitus *naturaliter*, non manufacto laedere potest fundum etc. L. 1. §. 1. et 10. D. *de aqua et aquae pluu.* Haec actio totiens locum habet, quotiens manufacto opere aqua nocitura est; quod si *natura* aqua noceret, ea actione non continetur. Inde si aqua *naturaliter* decurrat, aquae pluuiae actionem cessare aiunt. 3) Wird unter dem Natürlichen verstanden, was die Beschaffenheit einer Sache oder Handlung an sich schon mit sich bringt, und sich daher gleichsam von selbst versteht, ohne daß es durch Gesetze besonders verfügt, oder durch Verträge ausgemacht werden darf, wiewol in verschiedenen Fällen ein anderes per pacta vestgesetzt werden kann. L. 22. §. 3. D. *Locati.* Quemadmodum in emendo et vendendo *naturaliter* concessum est, quod pluris sit, minoris emere, et quod minoris sit, pluris vendere; et ita inuicem se circumscribere, ita in loca-

strengsten Sinne ein solche Obligation, welche an sich zwar nach Vorschrift der gesunden Vernunft

locationibus iuris est. Es gibt zwar über den Sinn der Worte: naturaliter consessum etc. in diesem Gesetze, und der fast gleichlautenden L. 16. §. 4. D. *de minoribus*, eine beträchtliche Anzahl ganz verschiedener Erklärungen, welche Strauch de particul. pag. 129. n. 6. sequ. mühsam gesammelt hat; er selbst aber tritt am Ende denen bei, qui verbum *naturaliter* in dictis LL. idem indicare defendunt, ac: *secundum naturam contractus emtionis;* quoniam emtio et venditio lucri causa initur, hinc emtor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedunt. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 3. Nr. 20. Natürlich wird 4) dem Bürgerlichen entgegen gesetzt, wenn jenes dasjenige bezeichnet, was nach dem allgemeinen Natur- und Völkerrechte unter allen gesitteten Nationen Statt findet, dieses aber, was bloß dem Römischen Staat eigenthümlich ist. §. 11. I. *de Rerum diuis.* Quarumdam rerum dominium nanciscimur iure *naturali*, quarumdam iure *ciuili.* §. 40. cod. Per traditionem iure *naturali* res nobis adquiritur, nihil enim tam conueniens est *naturali* aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. pr. I. *de usucapion.* Iure *ciuili* consitutum fuerat, ut res mobilis anno uno, immobilis biennio usucaperetur. §. 4. I. *de donat.* Erat olim et alius modus *ciuilis* adquisitionis per ius adcrescendi etc. Dieser Unterschied kann bei einer und eben derselben Sache eintreten, wenn sie an sich zwar dem Natur- und Völkerrechte angehört, allein durch die Civilgesetze eine ganz besondere Einrichtung und Form erhalten hat; z. B. die väterliche Gewalt, die Ehe, u. d. m. Vorzüglich aber wird 5), wie oben bereits angemerkt worden ist, das Natürliche dem

Bürger-

nunft dem in der bürgerlichen Societät sich befindenden Menschen wirklich obliegt, jedoch den völligen gerichtlichen Effect, welcher der Regel nach mit einer Zwangspflicht verbunden ist, nicht hervorbringt [8]).

§. 56.

Bürgerlichen in der Hinsicht entgegengesetzt, daß unter jenem alles verstanden wird, was an sich zwar wirklich vorhanden ist, jedoch vermöge der bürgerlichen Gesetze diejenige Gültigkeit, und Wirkung nicht hat, welche nach Vorschrift des bloßen Naturrechts Statt finden würde. Das dominium *naturale*, welches der Frau an dem Brautschatz zustehet, die natürliche Verwandschaft, deren Modestin in L. 4. §. 2. D. *de grad. et affin.* gedenkt, cognatio naturalis per feminam quae vulgo liberos peperit; der natürliche Vater beim Paullus L. 14 §. 2. D. *de ritu nuptiar.* Pater *naturalis* filiae vulgo quaesitae, und besonders die sogenannten natürlichen Kinder, welche den legitimis entgegengesetzt werden, bestätigen solches hinlänglich. Diese Terminologie ward auf die Verbindlichkeiten übergetragen, und durch den Ausdruck: obligatio *naturalis*, eine an sich zwar vorhandene, aber im Gericht nicht völlig wirksame Verbindlichkeit bezeichnet. Die bereits oben §. 45. angeführten Gesetze geben davon erläuternde Beispiele, und man wird nunmehr von der Richtigkeit der dort gemachten Erklärung derselben, sich desto leichter überzeugen können.

8) Die natürliche Verbindlichkeit kommt auch unter mehrern Benennungen im Römischen Rechte vor; dahin gehört 1) vinculum naturale, L. 59. D. *de condict. indeb.* 2) vinculum aequitatis, L. 95. §. 4. D. *de solut.* 3) ratio naturalis, L. 5. §. 16. D. *de agnosc. liber.* 4) officium pietatis, §. 17. ibid. 5) aequitas naturalis, L. 1. D. *de minor.* 6) Pudor, §. 1.

§. 56.

Fortsetzung des vorigen.

Ob nun gleich alle diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten hieher gehören, denen das Civilgesetz äußere Rechtshülfe versagt, so wird doch in Fällen dieser Art allemal vorausgesetzt, daß an sich eine natürliche Verbindlichkeit wirklich vorhanden sei, mithin derjenige, welcher sie nicht erfüllet, schlechterdings unrecht handle, wenn er gleich durch den ordentlichen Weg Rechtens zur Leistung des Schuldigen nicht gezwungen werden kann. Man siehet also sehr leicht, daß diejenigen Geschäfte gar nicht hieher gerechnet werden können, welche den Menschen, als Menschen zwar verbinden würden, allein im bürgerlichen Zustande durchaus unverbindlich sind, weil sie verbiethenden Gesetzen grade entgegen gehen. Denn in solchem Falle ist nicht sowol einer an sich vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit nur die **gerichtliche Kraft und Wirkung** entzogen, als vielmehr eine gänzliche **Abwesenheit der natürlichen Verbindlichkeit selbst** zu behaupten. Man vergleiche die Schuld eines filii familias aus der Geldanleihe, mit einer verbothenen Spielschuld. Der Unterschied ist evident. Bei jenem ist und bleibt die natürliche Verbindlichkeit an sich

I. de *fideicomm. hered.*, deren eigentliche Bedeutung aus dem Zusammenhange leicht zu erklären ist.

sich wirklich fortdaurend [1]), er handelt unrecht und gewissenloß, wann er nicht bezahlt, obgleich dem Gläubiger keine Klage gestattet ist. Der Spieler hingegen hat eine schlechterdings verbothene Handlung unternommen, einen Vertrag geschlossen, welchen einzugehen, ihm alle Befugniß fehlte; er kann also nicht natürlich gehalten sein, ein Versprechen zu erfüllen, welches wider die Gesetze angeht.

Drit-

1) Molina *de iust. et iure disp.* 301. n. 2. und andere behaupten, daß der filius familias weder natürlich noch bürgerlich gehalten sei, das geborgte Geld zu bezahlen. Hahn ad Wesenbec. Lib. XIV. Tit. VI. N. 2. widerlegt diese Meinung; nachdem er aber gezeigt hat, daß die natürliche Verbindlichkeit an sich in diesem Falle gar nicht zu bezweifeln sei, so geräth er doch am Ende auf die Behauptung, daß der filius familias salua conscientia dem klagenden Gläubiger das S. C. Maced. entgegensetzen könne. Eben so lehren auch Zoesius *Comment. ad Pand. Tit. de Senat. cons. Mac.* Lauterbach in tract. Synopt. ad dict. titul. §. fin. th. 10. und Frommann de obligat. natur. §. 73. Es ist meine Sache nicht, mich über bloße Gewissensfälle in eine Untersuchung einzulassen. Lubrica haec quaestio est, nam magna ex parte ad theologiam pertinet; schreibt *Francisc.* Hotomannus *Lib. singul. Quaestion. illustr.* Cap. XXV. pag. 160. Wenn man aber das Dasein einer natürlichen Verbindlichkeit an sich zugestehet, und gleichwol behauptet, daß der Schuldner solche mit gutem Gewissen unerfüllet lassen könne, so ist der Widerspruch zu auffallend, als daß er nicht einem Jeden fühlbar sein sollte.

Dritter Abschnitt.

Allgemeine Regeln vom Verhältniß der natürlichen Verbindlichkeit im bürgerlichen Zustande, dem gerichtlichen Effecte derselben, und mancherlei Einschränkungen des letztern.

§ 57.

Ob und in wie fern das Naturrecht durch bürgerliche Gesetze eine Abänderung leiden könne?

Was in diesem oder jenem Falle natürlichen Rechtens sei, kann nur allein aus Vernunftgründen durch unsern Verstand seine Bestimmung erhalten. Kein Regent, auch der allerunumschränkteste nicht, kann sich darüber eine Entscheidung anmaßen [1]).

M Alle

1) Daher schreibt Duarenus ad L. 127. D. de verb. oblig. Quum species aliqua proponitur, in qua quaeritur: an quis naturaliter obligatus sit, nec ne? considerandum est, quid verisimiliter responsurus sit Aristoteles, aut Cicero, aut alius vir prudens, et in philosophia eruditus, magis, quam quid legibus et iure ciuili constitutum sit. Eben so, wo nicht gewissermaßen noch richtiger, Schulting *de oblig. natur.* Cap. 2. p. 9.: Lex vinculum hoc introducens,

Alle Quellen des positiven Rechts, sie mögen sein ausdrückliche Vorschriften der Gesetzgebung, Verträge oder Gewohnheitsrechte, stehen als Menschliche Anstalten unter dem Gesetze der gesunden Vernunft. Diese ein-

cens, quum non aliunde, quam ex nobismet ipsis hauriatur, sequitur, nec alio modo, quam mentem nostram recte consulendo, an talis existat obligatio, sciri posse. Das Ansehen der Gelehrten, wie der Gesetze, entscheidet da, wo es auf Vernunftwahrheiten ankommt, wenig, oder gar nichts. „Wer seinen Nebenmenschen davon unterrichten will, muß sie nicht seinem „Glauben empfehlen, sondern seiner Vernunft gleichsam „aufdringen, nicht Autoritäten anführen, und sich auf „Glaubwürdigkeit der Männer berufen, die eben dasselbe behauptet haben, sondern die Begriffe selbst in ihre „Merkmale zerlegen, und seinem Lehrling stückweise so „lange vorhalten, bis sein innerer Sinn ihre Fuge und „Verbindung wahrnimmt. Der Unterricht, den wir „hierin andern geben können, besteht, wie Sokrates gar „wohl gesagt, bloß in einer Art von Geburtshülfe. Wir „können nichts in ihren Geist hinein legen, das er nicht „schon wirklich hat; aber wir können ihm die Anstrengung erleichtern, die es kostet, das Verborgene ans „Licht zu bringen, das heißt, das Unbemerkte, bemerkbar, und anschaulich zu machen.“ **Moses Mendelssohn Ueber religiose Macht und Judenthum**, p. 35. Um wenigstens durch Ein Beispiel zu zeigen, wie unbedeutend in dergleichen Fällen die gesetzliche Bestimmung sei, darf ich nur an die Römischen Gesetze erinnern, welche den Selbstmord als natürlich erlaubt angesehen wissen wollten, worüber Bynkershoeck Lib. IV. Observat. C. 4. Boehmer ad Art. 135. CCC. und Eckhard Hermeneut. iur. nach der neuesten Ausgabe mit den vortreflichen Anmerkungen **Walchs** pag. 235. ingleichen Püttmann elem. iur. criminal. Lips. 1779. §. 381. nachzulesen sind.

einfachen, dem menschlichen Verstande von selbst einleuchtenden Sätze ergeben sehr leicht, was von der Frage zu halten sei, welche dieser Paragraph ankündigt, mit der sich mehrere Rechtsgelehrte und Philosophen beschäftigt haben [2]), und deren Untersuchung eigentlich nur durch die Unbestimmtheit der Ausdrücke schwierig werden konnte. Aenderung des Naturrechts läßt sich ohne Widerspruch in dem Verstande nicht annehmen, daß irgend ein bürgerlicher Gesetzgeber befugt sein sollte, durch seine Vorschriften das Gegentheil des Vernunftrechtes anzuordnen. Kein Gesetz kann gelten, welches unter den Umständen und in den Verhältnissen, worin es gegeben wird, vernunftwidrig sein würde. Wenn aber der Zweck der bürgerlichen Societät bald diese bald jene Einschränkung der natürlichen Freiheit erfordert, so giebt auch selbst das auf den Staat angewandte Ver-

2) *Joh.* Cramer *de immutabilitate, et mutabilitate iuris naturae, gentium et ciuilis.* Frf. 1669. *Joh. Casp.* Brendel *de immobilitate iuris naturae.* Lips. 1689. *Henr.* Coccii Diss. *de immutabilitate iuris naturae.* Vltrai. 1690. in dessen Exercitat. T. I. n. 72. *Joh. Joach.* Schoepfer *de iure ciuili ius naturae determinante circa personas* Rostochii 1709. *Car. Gothofr.* Winckler *de potestate legum ciuilium in ius naturae.* Lips. 1713. *Casp.* a Rheden Diss. *de immutabilitate iuris naturae.* Brem. 1717. Joh. Lor. Hölderrieder von der Gewalt der Majestät über das Recht der Natur; in dessen historischen Nachrichten von der Weißenfelsischen Aletophilischen Gesellschaft. Leipzig. 1750.

nunftrecht dem bürgerlichen Gesetzgeber die Befugniß, dieß oder jenes anzuordnen, was außer dem Staate nicht recht sein würde. Wird daher das Naturrecht in Beziehung auf den Menschen als Menschen, oder den sogenannten Naturzustand genommen, und soll die Frage eigentlich diese sein: Ob und in wiefern die Rechte des Menschen als Menschen betrachtet, seine Befugnisse und Verbindlichkeiten durch den Staat, und dessen positive Gesetze eine Aenderung leiden können? so versteht sich im Allgemeinen die Antwort von selbst, daß den Mitgliedern der bürgerlichen Gesellschaft natürlich andere Rechte und Pflichten zukommen müssen, als sie außer dieser Verbindung Statt finden, und daß ihnen unmöglich alle die Rechte zustehen können, die sie als Menschen im Naturstande haben würden [3]). Will man also die positiven Vorschriften, welche dieß näher bestimmen, und nach dem Endzwecke des Staats gewisse Handlungen verbiethen, die das Naturrecht dem Menschen als Menschen nicht untersagt,

3) Hufeland Versuch über den Grundsatz des Naturrechts, S. 288. f. Derselbe in Lehrsätzen des Naturrechts §. 530. Was ändert der Eintritt in den Staat an den Rechten der einzelnen Menschen? — Was darf der Staat an den Rechten der einzelnen ändern? — Was muß der Staat an den Rechten der einzelnen Menschen ändern? *Car. Ferd.* Schmid. De iuribus singulorum hominum naturalibus propter societatem ciuilem immutandis. Vitemb. 1788.

sagt, gewisse nach dem Naturrecht an sich vollkommen verbindliche Verträge als ungültig verwerfen, oder wenigstens dem Berechtigten keine vollgültige Klage daraus gestatten, will man diese Vorschriften Aenderungen des Naturrechts nennen: so würde es überflüssig sein, den Ausdruck zum Gegenstande des Streites zu machen. Wichtiger ist aber alsdann die Frage: wie weit sich in dieser Hinsicht eigentlich das Recht der bürgerlichen Gesetzgebung erstrecke, was und wieviel von den Rechten des Menschen als Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft geändert werden könne? Darüber wird im folgenden §. noch etwas zu sagen sein.

§. 58.

Fortsetzung des vorigen.

Es ist allerdings ein gegründeter Tadel der bisherigen Behandlung des positiven Rechts, daß man es hinreichend geglaubt hat, bloß historisch zu untersuchen, ob diese oder jene Verfügung wirklich von denen erlassen sei, die überhaupt ein Verfügungsrecht hatten, ohne dabei an irgend eine weitere Prüfung, ob nämlich eine Verordnung der Art überhaupt als positives Recht möglich sei, zu denken [1]).

1) E. F. Hagemeister in den Zusätzen zu Schnauberts Abhandlung: Auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden. p. 126. Th. Kretschmann Beiträge zur Berichtigung der positiven Rechtsgelahrtheit. 1. B.

Diese Behandlungsart, die zugleich mit einer höchst schädlichen Vernachlässigung des Naturrechts in der genauesten Verbindung steht, trägt allerdings das ihrige dazu bei, daß manche Gesetze, wie sehr sie auch den ewigen und unveränderlichen Grundsätzen der Gerechtigkeit zuwider sein mögen, sich dennoch in einer fortdaurenden Anwendung erhalten können; da Richter und Rechtsgelehrte, ohne selbst ihre Bedenklichkeiten darüber in gehöriger Maße zu äußern, es höchstens für die Sache des Politikers, und der Gesetzgebung halten, sich in irgend eine nähere Prüfung des Gesetzes von dieser Seite einzulassen. Schon beim ersten Unterrichte pflegte man auch wol die Schüler des Rechts zu belehren, und frühzeitig daran zu gewöhnen, ihre Vernunft unter dem Gehorsam des Gesetzes gefangen zu nehmen, sich an Gesetzen, wie sie sind, genügen zu lassen, und aller müssigen Speculationen, wie sie wol sein könnten, und müßten, sich beßtens zu enthalten. Daß aber eben diese Speculationen, wie man es zu nennen beliebt, am Ende doch wol dazu beitragen, die so nöthige Verbesserung der Gesetze, die Abstellung ihrer Ungerechtigkeiten, und überhaupt ihre Zweckmäßige Einrichtung zu befördern, davon sollte uns doch schon der Gewinn überzeugen, welchen die Peinliche Justiz- und Rechtsverfassung in Deutschland so ganz vorzüglich der Philosophischen Behandlung dieses

Rechts-

Rechtstheils, und der Prüfung bisheriger Gesetze nach der Natur des Menschen und seiner Handlungen zu verdanken hat [2]). Neuerer Zeit hat man die allgemeine Kritik des positiven Rechts nicht nur als ein wahres Zeitbedürfniß anerkannt, sondern es ist auch schon durch die Bemühungen berühmter und Verdienstvoller Gelehrten ein so guter Anfang damit gemacht worden, daß für das Wol der Staaten, und selbst auch für das Ansehen der Gesetze, der weitere Fortgang recht sehr zu wünschen ist [3]). Nach dem Gegenstande dieser Schrift wird es genügen, über die Gerechtigkeit positiver Gesetze, wodurch den Rechten und Verbindlichkeiten des Menschen als Menschen

2) **Malblanc** Geschichte der Peinlichen Gerichtsordn. p. 224. 236. ꝛc. ꝛc. MEISTER princip. iur. crim. §. 16. n. c.

3) Ueberaus lesenswerth ist die Theorie des Zwecks und der Gränzen der gesetzgebenden Macht, welche **C. D. Erhard** der Critik des allgemeinen Gesetzbuchs für die Preuß. Staaten, 1. Abth. 1. Cap. p. 42. vorangeschickt, und was derselbe ferner p. 133. ꝛc. über die Sache angeführt hat. Kein Rechtsgelehrter sollte dieß ungelesen und ungenutzt lassen. Man sehe auch **Dessen** treffliche Betrachtungen über Leopolds des Weisen Gesetzgebung in Toscana, p. 17. ꝛc. **Hagemeister** in den angeführten Zusätzen p. 131. und daselbst bemerkte Schriftsteller. **Schlettwein** Rechte der Menschheit §. 17. 28. 60. ꝛc. ꝛc. **Maaß** über Rechte und Verbindlichkeiten. p. 173. ꝛc. ꝛc. 206. ꝛc. ꝛc. WIESAND Disceptat. iur. II. 2. Sententiae iure consultorum Romanorum interdum cum praeceptis iuris naturalis non conspirant. **Klüber** kl. jur. Biblioth. XXV. 118.

bald diese bald jene Einschränkung entgegen gestellt wird, im Allgemeinen, die Hauptgrundsätze voraufgehen zu lassen.

Die **Rechtmäßigkeit** aller positiven Gesetzgebung, so wie die Zuständigkeit und der Umfang aller und jeder Staatsgewalt und aller Regierungsrechte ist lediglich aus dem Gesellschaftlichen Vertrage herzuleiten und zu beurtheilen [4]). Kein Regent kann also über die Person, die Handlungen, und das Eigenthum der Staatsbürger, andere als solche Rechte ausüben, die die Mitglieder der Gesellschaft ihm übertragen konnten, und von denen man vernünftiger Weise nicht sagen kann, daß sie mit dem vermuthlichen Willen einer Nation im Widerspruch stehen.

Die Vernunft ist genöthigt, als allgemein gültiges Gesetz anzuerkennen, daß kein Mensch den Andern willkührlich im Gebrauch seiner Kräfte, und dem Genusse dessen, was er durch seine Kräfte erwarb, kurz in seiner Sicherheit störe. Nur Laesion und freie Einwilligung kann uns der Regel nach ein Zwangsrecht über den Andern geben. Vernünftiger Weise kann man aber nicht anders annehmen, als daß die Menschen in der bürgerlichen Societät ihre ursprünglichen Rechte auf Leben, und freien Genuß des Ihrigen,

4) Kant vom Verhältniß der Theorie zur Praxis im Staatsrecht, in der Berlin. Monatsschrift 1793. p. 249. verglichen mit Erhard Kritik ꝛc. p. 47.

gen, haben sichern und mehr bevestigen, nicht aber ganz aufgeben, oder, welches einerlei ist, der Willkür Anderer ganz Preiß geben, kurz daß keiner aus einer Person, eine Sache, hat werden wollen [5]). Das Recht irgend Jemand in diesen ursprünglichen Ansprüchen zu lädiren; konnte die Nation den Regenten nicht geben, und ich weiß daher nicht, wie es noch Vertheidiger der Leibeigenschaft geben kann. Das Recht, an sich erlaubte Handlungen der Staatsbürger, den Gebrauch ihrer Kräfte, und Genuß des ihrigen mehr einzuschränken, als es die Absicht der bürgerlichen Gesellschaft erfordert, wollte sie ihm sicher nicht überlassen. Die Regierung

5) Noodt de iure summi imperii et lege regia verb.: perinde quasi homines non sint, quibus fortuna parendi conditionem imposuit, soli homines habeantur, quibus in homines imperium hominum consensus detulit. — An praesumendum erat, homines mentis sanae, qui in ciuitatem ac sub imperium coibant, ne per aliorum vim atque iniuriam naturae beneficia amitterent, eo dementiae venisse, ut — non in suum, sed in alterius usum fructus ferre, eiusque arbitrio pasci, tonderi, iugulari, deglubi, ac deuorari vellent. Absit, non id ratio, non communis sensus, non lex naturae patiatur. Ueberhaupt hat der angeführte Rechtslehrer bei dieser Gelegenheit über die Gränzen der Staatsgewalt Grundsätze vorgetragen, welche man nach der richtigen Bemerkung Kleins, Annal. der Gesetzgeb. VIII. 380. nicht eben Ursache gehabt hätte, zu unsern Zeiten auf Rechnung der neuen Aufklärung zu schreiben.

würde sonst grade dasjenige zerstören und aufheben, was sie eigentlich schützen soll. Indeß versteht es sich von selbst, daß jeder Staatsbürger, eben weil er ein Mitglied dieser Gesellschaft sein, und an den Vortheilen derselben Theil nehmen will, sich die Einschränkungen muß gefallen lassen, welche zur Erreichung des gemeinen Zwecks unentbehrlich sind. Aus diesen unleugbaren Grundsätzen folgt nun, was die Gerechtigkeit der Civilgesetze, mithin die Gültigkeit derselben anbetrift, eben so evident, 1) daß alle diejenigen positiven Gesetze ungültig sind, welche der vereinte Wille des Volks nicht beschließen, und zu dessen Verfügung die Grundverträge der Gesellschaft dem Gesetzgeber kein Recht geben **konnten.** Ueberhaupt, wie **Kant** sehr treffend bemerkt hat, „der Probierstein alles dessen, was über ein Volk „beschlossen werden kann, liegt in der Frage: ob ein „Volk sich selbst wol ein solches Gesetz auflegen „könne?“ [6]) Zu den an sich ungerechten mithin an sich ungültigen Gesetzen gehören daher alle diejenigen, welche darauf abzielen, den Mitgliedern der bürgerlichen Societät, oder einigen Classen und Ständen derselben, solche Rechte zu entziehen, deren sie sich selbst nicht entäußern durften [7]), oder ihnen Verbind-

6) I. c.

7) „Nimmermehr, schreibt von Justi, kann dasjenige als „ein Gesetz betrachtet werden, was offenbar dem verei„nigten

bindlichkeiten vorzuschreiben, deren Erfüllung phy-
sisch

„nigten Willen des Staats nicht gemäß ist, was in die „Wohlfahrt des Staats gar keinen Einfluß hat. In al„len Fällen also, wo der Regent seine Macht mißbraucht, „um seine Leidenschaften und Ausschweifungen zu vergnü„gen, da giebt er keine Gesetze, sondern er giebt Befehle, „denen Niemand Gehorsam schuldig ist. — — Der „Mensch wird Bürger eines Staats, ohne die Eigenschaft „des Menschen abzulegen. Es ist demnach so weit gefehlt, „daß die Gesetze der Staaten die Gesetze des Menschen „aufheben sollten, daß sie sich vielmehr beständig auf die„selben gründen, und dahin, als auf ihre Quelle, zu„rück sehen müssen. Denn bürgerliche Verfassungen und „Gesetze, die nicht ihren Grund in der Natur des Men„schen hätten, würden widersinnige und ungereimte Ge„setze sein. Wenn daher die Gesetzgeber der Staaten nicht „die Natur des Menschen voraussetzen, wenn sie ihren „Bürger nicht zuvörderst als Mensch betrachten; so kön„nen sie keine andere, als unnatürliche, grausame und „tyrannische Gesetze geben. Der Despot, der ein Gesetz „giebt, daß Aeltern und Kinder am Leben gestraft wer„den sollen, wenn sie eine Verschwörung wider den Despo„ten, in welche sich der eine Theil eingelassen, nicht „anzeigen, ohngeachtet sie selbst keinen Antheil daran ge„nommen haben, verletzet alle natürliche Triebe, und „giebt ein grausames, tyrannisches Gesetz. Die Rö„mischen Gesetze, fügt **Scheidemantel** hinzu, scheinen „diese harten Grundsätze zu lehren. **Bartolus** hat sie „wenigstens so ausgelegt, und **Baldus** hat ihm deswe„gen vorgeworfen, daß seine Seele solches in der Hölle „büßen müßte. Es ist zwar gewiß, daß man die Ma„jestät auf alle Art sicher stellen muß, aber man muß „auch die Unschuld, Unwissenheit, und natürliche Liebe „entschuldigen. Eben so beleidigt der Richter das natür„liche Recht, und ist ein sehr ungerechter Richter, wenn

„er

sisch oder moralisch unmöglich [8]), besonders auch diejenigen Gesetze, deren Anwendung offenbare Verletzung eines Dritten sein würde. 2) Aber nicht genug, daß der vereinte Wille einer Nation diese oder jene Verfügung allenfalls beschließen konnte; eben deswegen, weil hier alles auf präsumtiver Einwilli-

„er einen armen Mann bestraft, der zur Fristung seines „Lebens ein Brod oder andere Nahrungsmittel gestohlen „hat, nachdem er sich vergebliche Mühe gegeben hatte, auf „eine erlaubte Art darzu zu gelangen. Der Trieb der „Selbsterhaltung geht über alle bürgerliche Gesetze.“ **Natur und Wesen der Staaten mit Anmerkungen von H. G. Scheidemantel.** Mietau 1771. §. 150. 172. 180. 185. Mehr von den unveräußerlichen Rechten des Menschen ist bei **Hufeland** in Lehrsätzen des Naturrechts §. 145. u. 46., und **Maaß** von Rechten und Verbindl. p. 40. ꝛc. nachzusehen.

8) Handlungen, die ihrer Natur nach bloß auf innerer Ueberzeugung beruhen, darf daher das Gesetz weder verbieten, noch gebieten. **Erhard** Kritik ꝛc. p. 51. Nullo modo, sagt Boehmer Iure ecclesiast. protest. Tom. 2. Dissert. praelim. §. 20. homo ita suae mentis est arbiter, ut eam simpliciter alterius arbitrio subiicere, et, quam ei Deus tribuit, facultatem ratiocinandi abiicere queat. Quid aliud est, libertatem cogitandi, *credendi*, in *veritatem inquirendi*, et secundum eam se emendandi subditis denegare, quam eos societati belluarum adiungere, qui ductu ductoris sui ducuntur, quo velit. **Glück** Erläuterungen der Pandekt. Th. 1. §. 18. Alle Gesetze also, welche die Ketzerei für ein Verbrechen erklären, und von diesem Grundsatze ausgehen, zum Beispiele den Ketzerischen Eheweibern iura dotis versagen ꝛc. ꝛc., sind als wahre Ungerechtigkeiten durchaus nicht gültig.

willigung beruhet, kann man auch solchen Gesetzen die Eigenschaft gerechter Anordnungen nicht zugestehen, von denen vernünftiger Weise sich nicht annehmen läßt, daß die Bürger des Staats sich ihnen vermöge des Zwecks der bürgerlichen Societät haben unterwerfen wollen. Alle und jede Einschränkungen der natürlichen Freiheit sind nur in sofern gerecht, als jener gemeinschaftliche Zweck sie erfordert [9]); diese muß freilich jeder Staatsbürger sich gefallen lassen [10]). Insofern also 3) die **Ausübung** jener an sich unveräußerlichen Rechte, imgleichen die Art und Weise der Erfüllung gewisser Verbindlichkeiten nicht alle Willkür des Menschen ausschließt; in so fern ist auch der Gesetzgeber allerdings befugt, um die Ordnung im Staate aufrecht zu erhalten, den modum durch seine Vorschrift zu bestimmeu, auch in dieser Hinsicht manche Einschränkungen zu machen [11]). 4) Alle Rechte hingegen, welche dem Menschen,

9) **Struben** Rechtl. Bedenken Th. 2. Nr. 47. Eben darin besteht auch die bürgerliche Freiheit, daß man im ungestörten Gebrauch seiner Kräfte und seines Eigenthums durch Niemand anders, als unter Autorität gültiger **Gesetze**, durch diese aber nur insofern gehindert und eingeschränkt werde, als unsere Handlungen entweder an sich ungerecht, oder dem Zwecke des Staats zuwider sind.

10) Nach der Regel: wer den Zweck will, muß auch die Mittel wollen. **Erhard** Kritik ꝛc. p. 56.

11) Der Trieb der Selbsterhaltung geht freilich, wie gesagt, über alle bürgerliche Gesetze. Allein man müßte den

schen, als Menschen zwar zustehen, deren er sich aber willkürlich begeben kann, sind auch der Disposition des bürgerlichen Regenten dergestalt unterworfen, daß dieser sie zum gemeinen Besten gänzlich aufheben, und die Unterthanen davon ausschließen darf [12]). Eben so verhält sich die Sache 5) in Ansehung der Verbindlichkeiten, welche willkürliche, an sich erlaubte Handlungen zum voraussetzen, weil der Regent ohne Zweifel befugt ist, solche Handlungen durchaus zu verbieten, für ungültig

den Endzweck der bürgerlichen Societät gänzlich verkennen, und alle gute Ordnung durchaus verleugnen, um nicht überzeugt zu sein, daß der Regent in Ansehung der Mittel, welche der Mensch zu seiner Erhaltung anwenden kann, allerdings verschiedene Einschränkungen zu machen befugt sei. Er kann diese oder jene Handthierungen, Künste, und Gewerbe, gewissen Personen allein gestatten, und alle Andere davon ausschließen. Nicht ein Jeder im Staat darf Schuhe machen, nicht ein Jeder als Advocat vor Gericht auftreten, u. s. w. Eben so verhält sich die Sache in gewisser Hinsicht mit dem natürlichen Triebe zur Fortpflanzung unsers Geschlechts. Der Regent kann befehlen, daß wir unsern Weg durch die Kirche nehmen sollen, um eine rechtmäßige officinam sobolis anzulegen. Er kann unter gewissen Personen die Heirathen gar verbieten; u. d. m.

12) So z. B. ist die Occupation, mithin auch die Jagd, im Stande der natürlichen Freiheit einem Jeden erlaubt. Gleichwie es aber kein Bedenken leidet, daß der Mensch sich dieser Rechte begeben könne; so ist auch die Gültigkeit der bürgerlichen Gesetze, welche den Unterthanen die Jagd und andere Arten der Occupation verbieten, gar nicht zu bezweifeln.

tig zu erklären, oder wenigstens die gerichtliche Wirkung derselben einzuschränken. **Ulpian** hat daher nicht unrecht, wenn er sagt: quum aliquid *addimus* vel *detrahimus* iuri communi i. e. naturali vel gentium, ius proprium i. e. ciuile efficimus [13]). Das erstere, quum aliquid additur, läßt sich auf verschiedene Weise gedenken, je nachdem nämlich 6) durch versicherte Belohnungen, oder angedrohete Strafen, mehrere Bewegungsgründe zur Erfüllung natürlicher Verbindlichkeiten gegeben werden, oder 7) den Rechtsgeschäften eine gewisse Form vorgeschrieben wird, von deren Beobachtung die Gültigkeit derselben abhangen soll; oder 8) Rechte und Verbindlichkeiten durch positive Gesetze eingeführet werden, welche das Naturrecht ignoriret [14]). Es gehöret auch dahin, wenn 9) den sogenannten natürlich unvollkommenen Pflichten durch bürgerliche Gesetze eine vollkommen verbindliche Kraft beigelegt wird. Das letztere aber, quum aliquid detrahitur iuri naturali, ist vorzüglich durch die bereits angeführten Fälle zu erläutern, wenn natürlich erlaubte Handlungen verboten, oder der gerichtlichen Wirkung nach eingeschränkt werden.

§. 59.

13) L. 6. D. de iustit. et iure.

14) Z. B. der Erwerb des Eigenthums durch Verjährung, die Verbindlichkeit aus einem voto u. d. m.

§. 59.

Allgemeine Regeln von der gerichtlichen Wirkung natürlicher Verbindlichkeiten.

So viel glauben wir nunmehr außer Zweifel gesetzt zu haben, daß man folgende Grundsätze als allgemeine Regeln in dieser Materie wird gelten lassen. **Erstlich**: Eine jede natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menschen außer dem bürgerlichen Zustande obliegen würde, ist auch an sich in diesem Zustande vorhanden, und fortdaurend; nur diejenigen Fälle ausgenommen, da das bürgerliche Verhältniß des Menschen eine solche Aenderung der Umstände hervorbringt, daß die Verbindlichkeit damit nicht bestehen kann [1]). **Zweitens**: Eine jede natürliche Zwangspflicht hat auch in den bürgerlichen Gerichten den völligen Effect, sie kann der Regel nach

1) Homines enim statum ingressi ciuilem et naturam et rationem, quae fuit in statu naturali, retinuerunt; unde dubitari nequit, iuris naturalis praecepta in statu quoque ciuili esse seruanda. I. A. Hellfeld iurisprudent. forens §. 17. At quum saecularis legislator totum negotium pro infecto habere queat, omnique vi spoliare, quumque illi, tamquam Dei ministro, obedientes nos esse oporteat, nulla tunc obligatio reperitur. Sic transactio super alimentis futuris ultima voluntate relictis, propria autoritate celebrata, perinde habetur, ac si nil fuisset actum. Sic intercessiones mulierum plane Senatus improbavit etc. etc. Aut. Schulting *de obl. natur. Cap.* 3. *pag.* 12.

nach beides durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden; außer in den Fällen, wo die Gesetze in specie die gerichtliche Wirksamkeit versagt, oder eingeschränkt haben [2]). **Drittens**: Wenn aber dergleichen einschränkende Gesetze wirklich vorhanden sind: so verliert doch die natürliche Verbindlichkeit in Ansehung des gerichtlichen Effects nur so viel, als das positive Recht derselben nahmentlich entzogen hat; mithin bleiben diejenigen Wirkungen, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich aufgehoben sind, allerdings auch in foro ciuili fortdaurend. **Viertens**: Was an sich nur Liebespflicht ist, kann auch nie in Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit gefordert werden, es wäre denn durch Vorschrift des bürgerlichen Rechts das Gegentheil verordnet worden; das letztere ist aber, als Ausnahme von der Regel, so strenge zu erklären, daß weder von Einem Fall auf den andern, noch von Einer gerichtlichen Wirkung auf alle übrige die Ausdehnung zulässig ist. Mit einem Worte: Was an sich nur Liebespflicht ist, hat in foro ciuili nicht mehr Kraft,

2) Ex legis naturalis et positiuae natura ae indole facile patet, in regula omnem obligationem mere naturalem, quae secundum ius naturae est perfecta, obligationem quoque in foro ciuili efficacem esse et plenam; sicque exceptionem esse, eam vel minus plenam vel inefficacem esse. *Dan.* Nettelbladt System. elem. iurispr. general. §. 281.

als die Gesetze **wirklich gestatter** haben; die natürliche Zwangspflicht hingegen, hat alle gerichtliche Wirkung, welche ihr nicht ausdrücklich **genommen** ist.

§. 60.

Grundriß zur besondern Abhandlung der einzelnen Fälle, wo die natürliche Verbindlichkeit nach Vorschrift der bürgerlichen Gesetze entweder ganz wegfällt, oder in Gerichten nicht völlig wirksam ist.

Da die im vorigen Paragraph enthaltenen Regeln, daß die natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menschen im außergesellschaftlichen Zustande obliegen würde, an sich nicht allein in der bürgerlichen Societät fortdaure, sondern auch den völligen gerichtlichen Effect mit sich führe, verschiedene Ausnahmen leiden, so sind diese letztern nunmehr in folgender Ordnung zu betrachten. Zuerst werde ich die Fälle erörtern, wo die bürgerlichen Rechte eine nach dem Naturrecht an sich erlaubte und verbindliche Handlung verbieten und durchaus ungültig erklären. Hiemit wird sich der vierte Abschnitt beschäftigen. Dann folgen zweitens diejenigen Fälle, wo die Verbindlichkeit an sich allerdings vorhanden ist, jedoch die völlige gerichtliche Kraft und Wirkung nicht Statt findet. Hiebei aber ist folgender Unterschied, welchen die Lehrbücher

cher gewöhnlich übergehen, von der gröſten Wichtigkeit. (Siehe oben §. 51. 52.) Die bürgerlichen Geſetze haben die gerichtliche Wirkung einer natürlichen Verbindlichkeit entweder ſchon ex parte ante, um mich eines ſcholaſtiſchen Ausdrucks zu bedienen, dergeſtalt eingeſchränkt, daß der völlige Effect keinen Anfang gewinnen konnte, oder nicht, ſondern es iſt einer **bisher völlig wirkſamen** Verbindlichkeit der weitere Effect, es ſei nun ganz oder zum Theil, aus Gründen entzogen worden, welche nach natürlichen Rechten keine Aufhebung oder Einſchränkung der Verbindlichkeit hervorbringen. Von jenem wird der fünfte, von dieſem aber der ſechſte Abſchnitt handeln. Hierauf wird im ſiebenten Abſchnitte von den Liebespflichten, welche durch poſitive Geſetze die Wirkung einer Zwangspflicht entweder ganz, oder zum Theil erhalten haben, danächſt aber im achten und folgenden Abſchnitten, von Verſtärkung der natürlichen, nicht völlig wirkſamen Verbindlichkeit durch den Eid, durch die Verpfändung, und Bürgen, und endlich von Aufhörung der natürlichen Verbindlichkeit gehandelt werden.

Vierter Abschnitt.

Von natürlich erlaubten, jedoch bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften.

§. 61.

Das bürgerliche Verbot einer natürlich erlaubten Handlung muß vor allen Dingen außer Zweifel gesetzt sein.

Die Gesetzgebung darf allerdings nach den Grundsätzen, die bisher vorgekommen sind, einige Arten Rechte zu erwerben, die außer dem Staate gelten würden, ganz aufheben, andere nur unter gewissen Bedingungen zulassen, und ihre Gültigkeit durchaus von einer bestimmten Form abhängig machen; sie darf ferner, um der ungebührlichen Verleitung, und den Folgen des Betrugs, des Irrthums ꝛc. ꝛc. vorzubeugen, gewisse Personen von Rechtsgeschäften ausschliessen, und ihnen die Befugniß dazu versagen. Die einzelnen Fälle, welche hieher gehören, sind unter der gemeinschaftlichen Bestimmung bürgerlich verbotener Handlungen und Geschäfte hier nur in sofern zu erwägen, als in Civilgerichten Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung ihrer zu entscheiden sind.

sind. Nach ihrer Beschaffenheit, und nach dem Grunde des bürgerlichen Verbots sind zwar diese Fälle sehr verschieden; da einige derselben in der bürgerlichen Gesellschaft, als gemeinschädlich und unerlaubt, untersagt worden sind, ja zum Theil als Uebertretungen der Strafgesetze in Verbrechen ausarten, und in sofern vor die Criminaljustiz gehören, bei andern hingegen, die Gesetzgebung sich nur gewisser Personen, um ihren Schaden zu verhüten, angenommen, und selbige zu ihrem eignen Besten von der Fähigkeit und Befugniß sich verbindlich zu machen, ausgeschlossen hat. Alle kommen aber darin überein, daß zwischen der Verfügung des Gesetzes, und der Handlung dessen, der unter dem Gesetze steht, in sofern dieses ihm selbst die **Befugniß** zu jener Handlung durchaus versagt hat, ein offenbarer Widerspruch sich ergiebt. In dieser allgemeinen Bedeutung ist der Ausdruck: **verbotene** Handlungen, zu erklären; wie denn auch die Römischen Rechtsgelehrten, sobald von Fällen dieser Art die Rede ist, sich der Worte: prohibet lex vel Senatusconsultum, bedienen. Eben dadurch unterscheiden sich aber auch die Geschäfte, welche hier vorkommen, von den Gegenständen des folgenden Abschnitts, wo die Gesetze nicht sowol gewisse Arten Rechte zu erwerben, und sich verbindlich zu machen, an sich aufheben, als vielmehr nur in gewisser Rücksicht die

Rechtsverfolgung in foro nicht gestattet wissen wollen.

Wenn nun die Gültigkeit einer natürlich erlaubten, und rechtsverbindlichen Handlung aus dem Grunde bestritten wird, weil der Vorgang durch positive Gesetze verboten worden: so muß vor allen Dingen das letztere völlig in Gewißheit gesetzt werden. (§. 59. Nro. I.). Wer einen natürlich gültigen Vertrag für sich anführen kann, hat so lange einen gegründeten und rechtmäßigen Anspruch, bis das Gegentheil durch deutliche Verordnungen des Civilrechts dargethan wird [1]). Da die Rechtsgelehrten nicht selten geneigt sind, entweder wirklich gültige Handlungen wider den Sinn der Gesetze unwirksam zu machen, oder dem bürgerlichen Verbote allerhand ungebührliche Einschränkungen beizufügen: so ist die Vorsicht sehr zu empfehlen, daß man sich in diesem Puncte bloß von den Gesetzen selbst, nicht aber von den Meinungen der Ausleger, leiten lasse. Der juristische Köhlerglaube, dem die sogenannte communis doctorum opinio zur alleinigen Richtschnur dient, ist nirgend gefährlicher, als hier.

§. 62.

1) Claproth iurisprud. heuremat. Edit. 2. §. 32.: Regulariter omnes contractus iniri possunt; quidam autem sunt de genere prohibitorum, si scilicet contra claras leges vel bonos mores infringunt; alias, *si legis dispositio clare non prohibeat, in dubeo conuentiones omnimodo firmae manere debent.*

§. 62.

Auf welche Gesetze hiebei Rücksicht zu nehmen.

Um aber von den verbietenden Gesetzen eine gerechte Anwendung zu machen, ist nöthig, daß man den Handel grade nach den Rechten beurtheile, welche eigentlich dabei zur Regel dienen müssen; wonächst eine richtige Erklärung der darin enthaltenen Vorschriften erfordert wird. So viel das Erstere anbetrifft, ist die Regel bekannt, daß die Gültigkeit, oder Ungültigkeit rechtlicher Geschäfte nach den Gesetzen des Orts zu bestimmen sei, wo die Handlungen vorgenommen worden [1]). Dieser Satz ist in der gegenwärtigen

1) Huber *de iure ciuitatis* Libr. 3. Sect. 4. Cap. 1. Hertius de collisione legum, Giessae 1688. Hommel Rhapsod. Quaest. Obscerv. 409. *Joh. Theoph.* Seger de vi legum et decretorum in territorio alieno, Lips. 1777. Westphal teutsches und reichsständisches Privatrecht, Th. 1. S. 32. Glück Erläuterung der Pandect. §. 44. Danz Handb. des heut. deutsch. Privatrechts. Th. 1. §. 53. Die Meinung, daß der Richter die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte lediglich nur nach den Gesetzen seines Landes beurtheilen müsse, welche Voet *Comm.* ad *Pand.* Lib. I. Tit. IV. P. 11. de statutis §. 5. sequ. sehr umständlich vorträgt, ist nicht füglich anzunehmen. Er selbst lenkt auch am Ende wieder ein, wenn er sich dahin erklärt: *ex summo quidem iure* et ratione naturali statuta ultra statuentis territorium operari nil posse; mit dem Zusatze §. 12. etc. communi tamen gentium consensu insuper habitis de iure

Materie sehr wichtig. Denn nicht nur die in Deutschland geltenden gemeinen Rechte, sondern auch die provinzial Gesetze und Statuten eines jeden Landes und Orts enthalten eine Menge Verordnungen, wodurch natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen verboten werden. Da aber diese Rechte bekanntlich sehr von einander abweichen: so kann es nicht fehlen, daß in Deutschen Gerichten vielfältig der Fall eintreten müsse, da die Gesetze des Orts, wo der Handel getroffen worden, und des Orts, wo geklagt wird, in diesem Stücke nicht übereinstimmen, folglich von der obigen Regel Gebrauch zu machen ist. Sollen unter den Parteien Rechte und Verbindlichkeiten Statt finden, so müssen ihre Rechtsgeschäfte unter solchen Umständen geschlossen sein, da sie dergleichen Wirkung haben konnten. Hieraus folgt, daß ein Vertrag, welchen die Gesetze des Orts, wo er eingegangen ist, verbieten, auch an andern Orten, wo er sonst erlaubt und rechtsverbindlich ist, nicht als gültig, und klagbar angesehen werden könne [2]).

Alle

iure summo ratiociniis ad validitatem actus sufficere adhibitionem solemnitatum, quas lex loci, in quo actus geritur, praescripserit obseruandas.

2) Wer an einem Orte, wo die Glücksspiele dergestalt erlaubt sind, daß auf den Gewinnst geklagt werden kann, eine Summe Geldes verspielt, gegen den findet auch an andern Orten, wo die Spiele untersagt sind, eine Klage Statt. Denn 1) das Verbot einer natürlich erlaubten Hand-

Alle Verträge aber, welche da, wo sie getroffen worden, erlaubt und gültig sind, behaupten allenthalben den völligen gerichtlichen Effect, und der Beklagte kann sich nicht damit schützen, daß etwa das Ver-

Handlung, dergleichen das Glücksspiel unstreitig ist, kann sich nicht extra territorium erstrecken; der Kläger hat mithin bei Eingehung des Spiels kein Gesetz übertreten; man kann also 2) nicht sagen, daß er aus einem unerlaubten facto agire, und etwas fordere, das wider die Gesetze angeht. Denn dort, wo er contrahirte, war die Handlung erlaubt, mithin liegt dem Beklagten daraus eine natürliche Verbindlichkeit ob. Diese ist der Regel nach in bürgerlichen Gerichten klagbar (§. 59. II.); es kommt auch dem Schuldner um so weniger zu statten, daß da, wo er belangt wird, die Spiele verboten sind; weil dadurch nur derjenige das Recht zu klagen verliert, welcher die Gesetze dieses Orts übertreten hat. Dessen hat sich der Kläger in dem angenommenen Falle nicht schuldig gemacht, und wenn daher die Gesetze, welche das Spiel verbieten, nicht zugleich verordnen, daß auch eine an andern Orten gewirkte Spielschuld nicht klagbar sein solle: so darf der Richter die Klage nicht abweisen (§. 59. III. IV.) Daß aber im umgekehrten Falle, wenn eine Spielschuld da, wo die Gesetze es verbieten, gewirket worden, an andern Orten, wo es etwa erlaubt ist, nicht klagbar sei, folgt aus den obigen Grundsätzen von selbst. Voet a. a. O. §. 14. wirft bei dieser Gelegenheit die Frage auf: quid statuendum sit, si quis in loco aliquo actum gerens, neglectis loci istius solemnibus, adhibuerit ea, quae domicilii statuta desiderant? Er hält dafür, daß die Handlung in foro domicilii als gültig anzunehmen sei. Mynsinger hingegen Cent. V. Obs. 20. und Grassus recept. sentent. quaest. 54. n. 24. behaupten, wie ich glaube, mit Recht, das Gegentheil.

sprechen da, wo geklagt wird, verboten und ungültig sei [3]). Diese Regel ist jedoch nicht ohne Ausnahmen [4]), wohin vorzüglich zu rechnen: 1) Wenn Unterthanen eines Landes in der Absicht, um den Gesetzen desselben auszuweichen, eine hier verbotene Handlung in einem fremden Lande, wo sie erlaubt ist, vollziehen [5]). 2) Wenn das Versprechen nicht erfüllet werden kann, ohne daß eine Handlung vorgehe, eine Verbindung getroffen werde, die schon an sich nach den Gesetzen unsers Landes durchaus nicht geduldet werden soll [6]). 3) Wenn von solchen

3) Gerade umgekehrt verhält sich die Sache in den Fällen, wo der Handel nicht sowol durch verbietende Gesetze untersagt, als vielmehr nur das ius agendi dem Gläubiger verweigert worden ist. Hommel obseru. 409. Jedoch davon im folgenden Abschnitte mit Mehrerm.

4) Seger Dissertat. cit. §. 5. 6.

5) Hartleben Medit. ad Pandect. Spec. 9. med. 5. Eichmann Erklärung des bürgerlichen Rechts, Th. I. p. 159. Voet *Comm. ad Pandect. cit. loc.* §. 14. in den Worten: Quum indignus videatur ullo beneficio, et comitate, qui domicilii iura consulto, ac fraudulenter spreuit, circumuenit, elusit. Quo reducendos existimem eos, qui, quum in domicilii loco obtinerent grauiora chartae sigillatae onera fisco pendenda, ut iura sigilli fraudarent, alio tendunt, ubi ignotum illud tributi genus, actu perfecto ad domicilii locum reuertuntur.

6) Z. B. Wenn Personen an einem Orte, wo ihnen die eheliche Verbindung erlaubt war, sich mit einander verlobt haben, und die Vollziehung der Ehe an einem andern Orte, wo sie schlechthin verboten ist, verlangt wird.

chen auswärtigen Verordnungen die Rede ist, wodurch erworbenen Rechten, imgleichen der Verfassung und den Freiheiten unsers Landes offenbar Eintracht geschiehet [7]).

§. 63.

Ueber die Erklärung und Anwendung dieser positiven Gesetze. (*)

Wenn die Auslegung der Gesetze ein Uebel ist [1]): so ist es klar, daß unbestimmte und zweideutige Gesetze es nicht weniger sind, als welche nothwendiger Weise die Auslegung nach sich ziehen. Die Rechtsgelehrten pflegen vor allen Dingen die Regel zu empfehlen: 1) **Alle Gesetze, welche die natürliche Freiheit einschränken, mithin auch diejenigen, welche natürlich erlaubte Handlungen verbieten, sind strenge zu erklären** [2]). Allein, genau erwogen, ist auch hier, wie bei aller Auslegung und Anwendung der Gesetze, nur auf den Sinn des Gesetzes Rücksicht

zu

7) Seger Dissertat. cit. §. 5. Voet l. c. §. 11.

(*) Bei diesem und dem folgenden §. ist überhaupt zu vergleichen: A. F. J. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts. Altona 1799.

1) Beccaria von Verbrechen und Strafen §. 4. 5. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit. p. 537.

2) *Andr. Florens* Rivinus *de benigna iureconsultorum interpretatione*, Vitemb. 1752. *Joh. Friedr.* Polac *de noxia et incongrua fauorabilium et odiosorum interpretatione*, Francofurti 1728. *Joh. Aug.* Hellfeld *iurispr. forens.* §. 1218.

zu nehmen. Ist dieser durch die Worte genau erschöpft, oder geht er nicht auf alles, was der Ausdruck unter sich begreift: so muß man freilich bald bei den Worten stehen bleiben, bald einschränken; aber nicht gerade darum, weil von einem verbietenden Gesetze die Rede ist, sondern weil bei allen dunklen Gesetzen das nämliche eintritt [3]). Sind unsere Richter überhaupt nicht an den Buchstaben der Gesetze durchaus gebunden so ist nicht abzusehen, warum bei legibus correctoriis eine Ausnahme gemacht werden soll, wenn der Sinn des Gesetzes offenbar weiter geht, als der strenge Wortverstand. Das gebe ich indes-

3) *Joh.* Voet *Comment. ad Pandectas* Tit. de legibus etc. §. 44. in den Worten: Non desunt, quibus placuit, cancellis adeo angustis nouae legis coarctare virtutem, ut legem nouam correctoriam in suis terminis propriis seruandam, nec ad alios casus ex rationis paritate, aut identitate, immo nec maioritate, extendendam esse contendant. Sed quia non minus de nouis legibus, quam de prioribus, immo magis de nouis, quam de antiquis plenius iam usu ventilatis, certum est, non omnes articulos singulatim iis comprehendi posse, ac propterea *legis omnis* natura postulat, ut probe cognita eius ratione ad similia producatur: non potest non suadere sana ratio legum correctoriarum ad similes casus extensionem. V. G. Forster *de iuris interpret.* Cap. 2. §. 2. sequ. hat diese Grundsätze weiter ausgeführt. Der Fall ist freilich ein für allemal auszunehmen, wenn ein Gesetz dessen ungeachtet alle Ausdehnung schlechterdings verbieten sollte. *Joh. Ortw.* Westenberg *Princip. iur. secund. ord. Digest. Tit. de legib.* §. 32.

indessen gern zu, daß in zweifelhaften Fällen, wo die ausdehnende Erklärung nichts überwiegendes vor sich hat, der Richter mehr geneigt sein müsse, die gelindere Meinung vorzuziehen [4]). 2) **Wenn übrigens der Gesetzgeber eine Handlung, oder einen Vertrag im allgemeinen verboten hat: so sind auch alle dahin gehörigen Unterarten so lange als unerlaubt anzusehen, bis man deutlich zeigen kann, daß diese oder jene Species von dem allgemeinen Verbote ausgenommen sei; oder daß der Grund und die Absicht des Gesetzes in einer einzelnen Gattung gänzlich wegfalle** [5]). Von der eigenthümlichen Bedeutung der Worte und deren gewöhnlichem Umfange ist nicht eher abzugehen, als bis man deutlich

4) L. 9. D. de Regul. iur.: Semper *in obscuris* quod minimum est, sequimur. L. 3. D. de his quae in testam. del.: In re *dubia* benigniorem interpretationem sequi, non minus iustum est, quam tutius. Nettelbladt bestimmt die ganze Sache in folgenden Worten sehr genau: Dicitur benigna interpretatio, per quam is sensus pro vero adsumitur, qui legibus naturalibus magis conuenit, quam alter, vel saltim a rigore magis alienus est; eaque locum habet, si adest *ambiguitas*, id est, plures interpretationes *aeque probabiles sunt*. *System. elem. iurisprud. posit. German. commun. general.* Halae 1781. §. 230.

5) Beispiele hievon findet man in meiner Erörterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bei Verpfändungen das Verbot der sogenannten *legis commissoriae?* Kiel 1784.

deutlich siehet, daß der Gesetzgeber ein Anderes gewollt hat [6]). Hieraus ist nun leicht zu erklären, in wie fern von den beiden bekannten Regeln: **Wo der Grund des Gesetzes nicht Statt findet, da fällt auch die Verordnung desselben hinweg** — wiederum: **Wo der Grund des Gesetzes eintritt, da muß auch die Vorschrift desselben beobachtet werden**, in der gegenwärtigen Materie ein Gebrauch zu machen sei. Es kann dieß mit glücklichem Erfolge geschehen, wenn der Gegenstand des Gesetzes in seinen Unterarten durch gewisse Verhältnisse dahin bestimmt wird, daß Zweifel entstehen, ob das gesetzliche Verbot sich mit darauf erstrecke, oder nicht, — wenn eine Handlung an sich zwar wol eine Gattung derjenigen, die das Gesetz verbietet, ausmachen dürfte, allein die besondere Beschaffenheit, wodurch sie sich von den übrigen Unterarten trennt, (differentia specifica) auf solchen

6) Voet Tit. de legibus §. 20. in den Worten: Nec aliter a propria verborum significatione recedendum, quam quum manifestum est, id sensisse legislatorem. Voluisse autem hunc a propria vocum significatione abire, colligi poterit tum ex antecedentibus et subsequentibus legis verbis, praefatione, epilogo et similibus; tum ex ratione legis, ipsi legi subiuncta, tum etiam ex eo, quod verba proprie accepta involuerent absurditatem, impossibilitatem, vitium, vel significationem rei gerendae minime aptam.

solchen Merkmalen beruhet, welche die Anwendung des Gesetzes zweideutig machen. Hier sagt man mit Recht: ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio, imgleichen: cessante ratione legis, cessare debet eiusdem dispositio. Auffallend unrichtig aber werden beide Sätze angewandt, wenn man die gelegentliche Veranlassung des Gesetzes, mit dem eigentlichen Grunde desselben [7]), und besonders die erstere Regel, wenn man eine gewisse Aehnlichkeit des Grundes mit der Gleichheit desselben vermischt [8]), und das bürgerliche Verbot auf Handlungen hinausdehnen will, welche von dem Gegenstande des Gesetzes durch-

7) Die Verordnung des Senatusconsulti Macedoniani ist anzuwenden, wenn auch der Gläubiger aus Gefälligkeit und ohne Zinsen geliehen haben sollte, obgleich ein improbus foenerator das Gesetz veranlaßt hat. Ulpian unterscheidet beides bei einer andern Gelegenheit sehr gut; L. 1. §. 5. D. *de postulando:* Feminas prohibet edictum pro aliis postulare, et *ratio* quidem prohibendi: ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant; — *Origo* vero introducta est a Carfania, improbissima femina, quae inuerecunde postulans, et magistratum inquietans, *causam* dedit edicto.

8) Hierüber sind ganz vorzüglich nachzulesen: Franzke Comment. ad Pandect. tit. de legibus n. 46. etc. Hartleben ad Leyserum Spec. 2. med. 2. Forster l. c. verb.: Quando manifesta resultaret absurditas, nisi in correctoriis fieret extensio, aut lex nullum sortiretur effectum, si non extenderetur etc. etc.

durchaus verschieden sind, und zu einer ganz andern Classe von Geschäften gehören. Es kann sein, daß der Grund der Verordnung dabei ziemlich zutreffe, allein dieß berechtigt den Richter nicht, ein Mehreres für unerlaubt zu halten, als die Gesetze selbst wirklich verboten haben. Wenn also z. B. das Gesetz verbietet, gewissen Personen Geld anzuleihen, so läßt sich mit Recht nicht behaupten, daß auch derjenige das Gesetz übertreten habe, welcher ihnen kein Geld, sondern Waaren geborgt hat. Denn immerhin mag der Grund, warum das Erstere verboten worden, auch bei dem letztern gleichfalls eintreten, so folgt doch daraus höchstens nur so viel, daß der Gesetzgeber das Eine so gut, wie das Andere, hätte verbieten können, ja ich will auch die Folge, daß er es billig verbieten müßte, nicht einmal bestreiten. Allein so lange man zugeben muß, daß Geld anleihen, und Waaren auf Credit verkaufen, zwei ganz verschiedene Dinge sind, so lange kann auch der Richter darum, weil jenes untersagt ist, noch nicht sofort auch das Letztere unerlaubt erklären, ohne einen gesetzwidrigen Eingriff in die Rechte der gesetzgebenden Macht zu thun. Seiner Pflicht und der Gränzen seines Amts eingedenk, kann er sich kein anders Raisonnement über die Sache erlauben, als dieses: Damit gewissen Leuten die Gelegenheit zur Ausschweifung und ver-

schwen-

schwenderischen Lebensart genommen werde, hat der Landesherr verboten, ihnen Geld anzuleihen; — es wäre zu wünschen, daß ihnen auch keine Waaren geborgt werden dürften; jedoch, da die Gesetze hievon nicht reden: so ist es für erlaubt zu halten, bis sie es wirklich verbieten. [9]). Uebrigens ist daran gar nicht zu zweifeln, daß 3) **eine Handlung, ob sie gleich an sich in einer ganz andern Form, als von welcher in dem verbietenden Gesetze die Rede ist, er-**

9) Noch ein Beispiel solcher unschicklichen Extensionen giebt die von vielen angenommene Meinung, daß es den Handwerksleuten, welche bei ihrer Handthierung Geräusch machen, verboten sei, in der Nachbarschaft eines Gelehrten ihre Wohnung zu miethen, damit dieser in seinen Meditationen nicht gestört werde. In der L. un. C. *de stud. liberal.*, woraus man dieß herleiten will, ist von Geräusch machenden Handwerkern, und deren gemietheten Wohnungen nicht ein Wort enthalten. Die Verordnung will nur, daß die Hörsäle in den öffentlichen Gebäuden so angelegt werden sollen, damit kein Docent durch den allzunahen Vortrag eines andern gestört werde. Unicuique loca specialiter deputata adsignari debent, ne discipuli sibi inuicem possint obstrepere, *vel magistri;* neque linguarum confusio permixta vel vocum aures quorumdam aut mentes a studio litterarum auertat. Man muß also, wie ein berühmter Gelehrter richtig bemerkt, eine sehr ausdehnende Interpretation zu Hülfe nehmen, um jenen Satz aus diesem Gesetze herzuleiten. **Höpfner im theoretisch-praktischen Commentar über die Heineccischen Institutionen** §. 885. imgleichen *C. F.* WALCH *controuers. iur. p.* 393. *ed. 2dae.*

scheinet, dennoch für unerlaubt, mithin unverbindlich zu halten sei, wenn erweißlich ist, daß im Grunde die Absicht, das Gesetz zu übertreten, dabei obgewaltet, und man nur, um das bürgerliche Verbot zu eludiren, der Sache eine andere Wendung gegeben, das ist, in fraudem legis gehandelt habe [10]). Wenn Jemand Leuten, denen er kein Geld leihen darf, zu dem Ende Waaren borgt, damit sie sich dadurch bei andern baares Geld verschaffen können, so ist dieser Handel freilich unerlaubt und unverbindlich, aber nicht sowol wegen Gleichheit des Grundes bei dem Darlehne und dem Creditiren der Waaren an sich, als vielmehr, weil in der That die Absicht der Parteien auf den eigentlich verbotenen Gegenstand selbst gerichtet gewesen ist, und es ihnen unmöglich freistehen kann, durch dergleichen vorsätzliche Einleitungen, den Zweck des Gesetzgebers zu vereiteln. Gleichwie indeß überhaupt demjenigen der Beweiß obliegt, welcher behauptet, daß eine gewisse Form der Handlung nur zum Scheine gebraucht, die wahre Absicht aber auf eine andere Art von Geschäften gerichtet

10) L. 29. D. de LL.: *Contra* legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, *in fraudem* vero, qui saluis verbis, sententiam eius circumuenit. *Joh.* Voet. Lib. I. Tit. I. §. 6. *Joh. Aug* Hellfeld iurispr. forens. §. 302.

richtet gewesen sei [11]), so ist auch am allerwenigsten zu vermuthen, daß eine rechtswidrige Intention dabei obgewaltet, und man die gegenwärtige Einrichtung des Geschäftes nur zu dem Ende beliebt habe, um eine verbotene Sache der Kenntniß des Richters zu entziehen [12]). Wenn daher 4) die Handlung an sich [13]) den Gesetzen nicht entgegen ist: so ist sie auch allewege so lange für gültig und rechtsverbindlich zu erkennen, bis derjenige, von dem sie angefochten wird, erweisen kann, daß in der That ein verbotenes Geschäfte dadurch bezielt worden sei. Ob aber gleich im Ganzen die Vermuthung in diesem Stücke wider ihn ist, so liefert doch oft die indivi-

11) von Tevenar Theorie der Beweise im Civil-Proceß, Seite 32. u. f.

12) L. 14. §. 5. D. Qui et a quib. manum.

13) Um bei der bekannten Regel: Quilibet praesumitur bonus, aller Misdeutung gänzlich zu entgehen, darf man nur folgende Erklärung bemerken. Regula haec pertinet tantum ad quaestionem de alicuius facti dubii *commissione*, non vero ad facti *regulariter iniusti*, iustificationem; quasi circumstantiae ad iustificationem pertinentes sint praesumendae. Facta, quae *ut plurimum* mala sunt, bona praesumi non possunt. Regula igitur tunc recte adplicatur, quando aliquis neque actum physicum neque moralem confitetur. Qui vero actum physicum legibus repugnantem negare non potest, de eo etiam praesumitur, quod moraliter contra leges peccauerit. *Joh. Christ.* Quistorp Diss. *de Moderaminis inculpatae tutelae probatione*, Rostochii 1765. §. 1.

duelle Beschaffenheit des Handels, und die nähere Prüfung der dabei eintretenden Nebenumstände zu seinem Vortheile solche dringende Wahrscheinlichkeitsgründe, daß er sich derselben zur Führung des ihm obliegenden Beweises mit gutem Erfolge bedienen kann [14]).

§. 64.

Fortsetzung des vorigen.

Ueber den Mißbrauch der Regel: **Wo der Grund des Gesetzes wegfällt, da kann auch die Verordnung desselben nicht eintreten,** habe ich bereits bei einer andern Gelegenheit [1]), jedoch damals nur im Vorbeigehen, einige Anmerkungen gemacht. Hier ist es nöthig, etwas ausführlicher davon zu handeln, weil gerade in den Fällen, welche zu dieser Materie gehören, die Chikane am mehrsten Gelegenheit nimmt, unter dem Vorwand der gedachten Regel, manche in der That verbotene Handlungen als gerecht und gültig darzustellen. Denn eben darum, weil das Factum an sich, und nach den Vorschriften des Naturrechts, nicht unerlaubt ist, wird man desto leichter der Versuchung ausgesetzt, es auch bürgerlich erlaubt, und gültig zu glauben,

14) Beispiele davon findet man beim Leyser Spec. 158. m. 4. u. 5.

1) Meine Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Römischen Rechts, Seite 64. u. f.

glauben, so bald die Anwendung des positiven Verbots nur mit irgend einem Scheine kann bestritten werden. Wenn man die wirklichen Handlungen der Menschen in concretis betrachtet: so kommen sehr oft Fälle vor, wo bei einzelnen Subjecten der Grund eines allgemein verbietenden Gesetzes wegfällt, und wo man doch sehr unrecht schließen würde, daß darum die Verordnung nicht anwendlich sei. Z. B. die Hazardspiele sind verboten, weil sie zur Verschwendung, und zum Müssiggange führen. Man setze nun, daß einige wirklich reiche Leute, denen ein Verlust von etlichen Ducaten nicht die mindeste Unbequemlichkeit verursachen kann, zu ihrer Erholung das verbotene Spiel mitgemacht haben. Sollten diese wol der gesetzlichen Strafe entgehen können? Sicher nicht. Ein Handel mit Minderjährigen ohne Vormund ist darum noch nicht für gültig zu achten, weil etwa dieser Minderjährige schon hinlängliche Beurtheilungskraft, Erfahrung und Kenntniß besitzen mag, und bei ihm die jugendliche Uebereilung, mithin der Grund des Gesetzes nicht anzunehmen ist. Dagegen darf er die Geschäfte nicht anfechten, die er zwar ohne Vormund, jedoch als Meister einer gewissen Kunst oder Handthierung geschlossen hat; ob es gleich so ausgemacht noch nicht ist, daß bei aller Geschicklichkeit in einem besondern Gewerbe, dennoch die jugendliche Flüchtigkeit nicht einen schädlichen

Einfluß auf den Handel gehabt haben sollte. Worin liegt die Verschiedenheit? Von dem fehlenden Grunde des Gesetzes ist auf die Unanwendlichkeit desselben nur zu schließen, wenn nach der Beschaffenheit des vorkommenden Falles die ganze Absicht des Gesetzgebers wegfällt [2]). Wenn aber diese dahin geht, daß eine gewisse Handlung eben darum allgemein verboten und ungültig sein soll, weil sie der Regel nach nichts taugt: so ist 5) **von der Anwendung eines allgemein verbietenden Gesetzes in einzelnen Fällen darum noch keine Ausnahme zu machen, weil etwa ein oder anderes *individuum* diejenige Beschaffenheit nicht haben sollte, welche sonst gewöhnlich bei Personen, Sachen und Handlungen dieser Art einzutreten pflegt, und eben darum einen Bewegegrund des Gesetzes ausmacht.** Der Schwierigkeiten in der Anwendung nicht zu gedenken [3]), würde es vielmehr unstreitig widersprechend, und der Absicht des Gesetzgebers entgegen sein, wenn man hierauf Rücksicht nehmen wollte. Die Legislation kann hier nur auf das Ganze, nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge, ihr Augenmerk

2) *Jac.* Voorda interpretat. et emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. I.

3) Ob zum Beispiele der Minderjährige wirklich die Einsicht und Kenntniß besitze, die ihm zugeeignet wird?

merk richten [4]), kann ihre Vorschriften nicht auf die Eigenheit eines jeden besondern Falles, sondern nur auf solche Verhältnisse und Folgen bauen, welche die Dinge gemeiniglich haben [5]). Und wenn gleich unter dem allgemeinen Gegenstande des Gesetzes manches Individuum vorkommt, wobei die Umstände, welche der Gesetzgeber als gewöhnlich voraussetzt, nicht zutreffen, die Folgen, welche gemeiniglich damit verknüpft sind, nicht zu befürchten stehen, so erfordert es doch die Sicherheit des gemeinen Wesens, ja die ganze Absicht und das Ansehen der Legislation, daß einer allgemeinen Verordnung durchgängig nachgelebt, mithin auch eine willkührliche

4) L. 5. D. de Legibus: *Ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter, et facile, quam quae perraro eueniunt.*

5) L. 4. D. eod.: *Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur.* L. 8. D. eod: *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.* *Chr.* Thomasius Diss. *de legitima viuentis*, Cap. 3. §. 4. *Jos.* Aueranius interpretat. iur. Lib. 5. cap. 10. n. 2. etc. etc. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 2. Nr. 104. u. 120. Nach diesen Grundsätzen ist allerdings in vorkommenden Fällen die Frage: ob eine Handlung erlaubt und gültig sei? zu beurtheilen. Daß übrigens der Criminalrichter auf jede auch individuellen Eigenschaften und Verhältnisse Rücksicht nehmen müsse, insofern die Moralität der Handlung, mithin die Strafwürdigkeit überhaupt davon abhangt, versteht sich von selbst. Boemer Meditat. ad C. C. C. Art. 179. §. 1. ꝛc.

Handlung, welche schädliche Folgen haben kann, und eben darum verboten worden ist, durchgängig unterlassen, nicht aber den Mitgliedern des Staats freigestellt werde, das Gesetz unbeobachtet zu lassen, wenn nach ihrer, oft irrigen Meinung, die Sache unter den damaligen Umständen nicht für nachtheilig zu achten sein sollte [c]). 6) **Wenn hingegen die Ursache, warum der Grund einer allgemeinen Verordnung wegfallen soll, nicht aus jenen bloß individuellen und außerordentlichen Eigenschaften gewisser Subjecte hergenommen wird, sondern wenn andere Verhältnisse hinzukommen, welche im Allgemeinen schon durch die Natur der Sache, oder die Vorschrift anderer Gesetze dergestalt bestimmt sind, daß bei ihnen gerade das Gegentheil von dem zur Regel wird, was den Beweggrund einer allgemeinen Verordnung aus-**

6) Das Verbot, nicht mit brennender Tobackspfeife an öffentlichen Oertern, in Ställen, Scheuren und Waldungen zu gehen, ist zur gemeinen Sicherheit höchstnothwendig. Wer also diese Handlung unternimmt, dem wird die Ausflucht, daß er mit aller nöthigen Vorsicht zu Werke gegangen sei, und unmöglich Schaden dadurch hätte verursacht werden können, in keine Wege zu statten kommen, weil dergleichen angebliche Vorsorge viel zu unsicher und schwankend ist, als daß der Staat bei einer gefährlichen Handlung es darauf ankommen lassen und sich dabei völlig beruhigen könnte.

ausmacht, so kann mit Recht von dem fehlenden Grunde des Gesetzes auf die Unanwendlichkeit desselben geschlossen werden. Hat nemlich der Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgeschrieben, daß seine Verordnung nichts desto weniger auf dergleichen Fälle ebenfalls angewandt werden sollte, so muß man billig annehmen, daß er in Ansehung ihrer es bei dem bewenden lassen wolle, was die Natur der Sache und besondere Gesetze darüber bestimmen, und zwar um so mehr, weil gemeiniglich in Fällen dieser Art die Legislation mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde, wenn man ihre Vorschriften anders erklären wollte [7]). In den

7) Dieß ist nun der Fall mit dem Minderjährigen, welcher als Meister einer gewissen Kunst gehandelt hat. Hier fällt der Grund des Gesetzes weg, allein nicht, weil gerade dieser minor von der jugendlichen Flüchtigkeit eine Ausnahme macht, sondern weil der Handel sich auf ein bürgerliches Verhältniß beziehet, wobei eine ganz andere Regel eintritt, als diejenige, worauf die allgemeinen Gesetze von Geschäften solcher Personen sich gründen. Darf der Minderjährige eine gewisse Kunst, eine gewisse Handthierung öffentlich treiben: so würde sich die Legislation widersprechen, wenn sie ihm auf der andern Seite in Ansehung eines solchen Gewerbes die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zueignen wollte. Durch ausdrückliche Gesetze ist es inzwischen nicht bestimmt, daß in Fällen dieser Art die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Statt finden sollte; wenn gleich einige aus L. 6. C. *de muneribus patrim.* L. 1. C. *de his qui ven. aet.* L. 3. C. *si minor se maiorem.* solches herleiten wollen;

mehresten Fällen wird man vermittelst dieser beiden Grundsätze einer unschicklichen Anwendung der obi-

gen

wollen; daher auch LAUTERBACH de iure in curia mercatorum usitato §. 46. die ganze Lehre in puncto iuris, wie er sich ausdruckt, für unrichtig hält, und sich nur als ein Gewohnheitsrecht gelten lassen will, zu welcher Quelle mit ihm auch andere Rechtslehrer in diesem Stücke ihre Zuflucht nehmen: MEVIUS *ad ius Lubec.* P. 3. Tit 6. Art. 21. n. 26. STRACCHA *de Mercatura* p. 3. n. 26. LEYSER Spec 60. Med. 6. 7. 8. Ich glaube aber, daß es weder nöthig, noch zuträglich sei, zur Verstärkung solcher Wahrheiten, welche durch vernünftige Auslegung geschriebener Gesetze, und Analogie des Rechts erweißlich sind, ein mißliches Gewohnheitsrecht herbeizurufen. Denn was aus jenen hergeleitet werden kann, bedarf der Gewohnheiten und Observanzen nicht. Diese sind überdem ungewiß, und meistens schwer zu beweisen, wenn man die Rechtslehrer nicht als unverwerfliche Zeugen davon gelten lassen will. Eine Erfahrung, welche sich selbst in der gegenwärtigen Materie sogleich bestätigt. Denn die angeführten Rechtsgelehrten getrauen sich schon nicht, das wirkliche Dasein der gedachten Gewohnheit im allgemeinen, sondern nur in Ansehung der minderjährigen **Kaufleute** zu behaupten. Und hierauf fangen sie allererst an, ex ratione iuris weiter zu argumentiren, wie es die Stelle ergiebt, welche LEYSER am angezeigten Orte aus einem Gutachten seiner Facultät anführt: „Nun mag zwar „nach eingeführter Gewohnheit ein minderjähriger „Kaufmann in Sachen, so die Kaufmannschaft angehen, „wider einen getroffenen Handel keinesweges restitutionem in integrum suchen, welches ex identitate rationis nicht unbillig auf die Handwerksleute in denen „ihr Handwerk betreffenden Handlungen erstreckt wird.“ — Man kann die Sache weit kürzer fassen, und wird

sie

gen Regel sehr leicht entgehen können. Man kann aber, um die Sache von allen Seiten zu berichtigen, folgendes annoch hinzufügen: 7) **Wenn die Gesetze eine Handlung, die an sich und nach dem Naturrechte nicht unerlaubt ist, verbieten, und solche ungültig erklären: so geschiehet es gemeiniglich darum, weil sie leicht üble Folgen nach sich ziehen kann, weil sie gemißbraucht werden kann; nicht aber allein nur in so fern wirklich üble Folgen damit ver-**

sie gewiß ungleich genauer treffen, wenn man sie lediglich nur auf folgenden ungezweifelten Grundsatz zurück führt: Was die Gesetze von den Rechtsgeschäften der Minderjährigen aus der Ursache verordnen, weil sie einen Mangel an gesetzter Ueberlegung und gehöriger Kenntniß bei ihnen voraussetzen, das kann unmöglich auf diejenigen Verhältnisse angewandt werden, in welchen der Staat selbst den Minderjährigen für einen Meister einer gewissen Kunst, eines gewissen Gewerbes oder Handthierung öffentlich anerkennet. — Hieraus folgt nun a), daß dieses nicht allein von Kaufleuten, sondern von allen übrigen Künsten und Gewerben gelten müsse, zum Beispiele wenn ein Minderjähriger die Doctorwürde erhalten hat; oder als Advocat und Procurator bei einem Gerichte angenommen worden ist. Voet *Comment.* ad Pand. Lib. IV. Tit. IV. §. 50. Vinnius select. Quaest. Lib. I. c. 13. b) Daß es nur von denen Minderjährigen zu verstehen sei, welche öffentlich dazu autorisiret worden sind, eine gewisse Kunst oder Profession im Staate treiben zu dürfen. Hellfeld iurispr. forens. §. 449. Hat man hingegen keinen andern Grund, als die Praxis und das Gewohnheitsrecht, so bleibt die Sache schwankend und ungewiß.

verknüpft sind, die Handlung wirklich gemißbraucht worden ist. Es ist daher vergeblich, wenn man, um dem Gesetze auszuweichen, beweisen will, der gegenwärtige Vorgang hätte keine nachtheilige Folgen zuwege gebracht, z. B. wenn reiche Leute Pharao gespielt haben; — er sei nicht gemisbraucht worden; z. B. eine Frau hätte mit völliger Freiheit und Ueberlegung, ohne dazu beredet zu sein, sich verbürget. Die Absicht der Gesetzgebung geht unstreitig dahin, Mißbräuche, die entstehen können, zu verhüten, und eben darum ist es besser, daß eine Handlung, welche dergleichen leicht befürchten läßt, durchgängig nachbleibe, als daß die Gesetze dann erst, wenn der Vorgang wirklich Schaden angerichtet hat, ihren Beistand versprechen [8]). Gesetzt nun auch, daß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, die Fälle, da die Handlung wirklich nachtheilige Folgen hat, oder gemißbraucht wird, seltner sind, als das Gegentheil: so erfordert es doch oft das gemeine Beßte, daß auch zu solchen, wenn gleich nicht ganz gewöhn-

8) Voet. Tit. de Legib. §. 5. Ich kann daher denen nicht beipflichten, welche dafür halten, daß lex commissoria bei Verpfändungen nur in so fern verboten sei, als wirklich ein unerlaubter Wucher dadurch begangen wird; indem die Gesetze den erwähnten Vertrag in seinem ganzen Umfange überhaupt verbieten, weil er sehr leicht zum Vortheile eines gewinnsüchtigen Gläubigers und zum Schaden des in Verlegenheit sich findenden Schuldners gemißbraucht werden kann.

gewöhnlichen Fällen, die Gelegenheit durch ein allgemeines Verbot verhütet werde [9]). Unrecht ist es daher, wenn man dasjenige, was der Gesetzgeber zum Grunde seiner Verordnung anführt, nur als eine besondere Bestimmung (differentia et determinatio specifica) gewisser Fälle, worauf sich das Verbot nur beschränken soll, betrachtet, und dadurch den Uebertreter des Gesetzes veranlasset, wol gar einen Beweiß zu fordern, daß bei seiner Handlung jene besondere Bestimmung wirklich zutreffe. So z. B. ist in Mecklenburg den Landbegüterten zwar die Verlegung und Niederlegung einzelner Bauren und Hüfner freigelassen, jedoch in Ansehung ganzer Dörfer folgendes geordnet worden: **So viel aber die gänzliche Niederlegung der Dörfer und Bauerschaften betrift: aus welcher Verarmung und Verminderung der Unterthanen entstehet; so soll solche eigenmächtige Niederlegung eines Dorfs, an sich in der Regel gänzlich verboten, hingegen ein jeder Eigenthums-**

9) Voet l. c. Necessitas pariter ac utilitas publica saepe exigit, ob crimen vitiumque in *paucos* forte cadens, legem in omnes promiscue sanciri. Quod si cui durum atque absurdum uideatur, aequali iure cum improbis censeri bonos, cogitet, longe fore absurdius, impunita per leges esse maleficia, aut quibusdam, lubrico aetatis luxuque res suas perire, quae tamen euenirent, si non in omnes lex lata esset. Argum. L. 51. §. 2. D. ad L. Aquil.

thumsherr schuldig sein, solches sein Vorhaben jedesmal zuerst dem engern Ausschuß anzuzeigen, welcher sodann an Uns davon seinen gutachtlichen Bericht abstattet, damit Wir darauf wegen einer solchen, bei einem Gute vorgehenden, in das allgemeine Beste einschlagenden Hauptveränderung, die Nothdurft weiter Landesfürstlich verfügen können [10]). Hier, sagt man, ist die eigenmächtige Niederlegung ganzer Dörfer nicht durchgängig und überhaupt, sondern nur die besondere Species, aus welcher Verarmung und Verminderung der Unterthanen entstehet, verboten. Wenn also der Guthsherr ein ganzes Dorf niedergelegt hat, ohne solches vorher gehörig anzuzeigen, und die Landesfürstliche Bestimmung zu erwarten, so hat er darum die den Uebertretern des Landesvergleichs überhaupt bestimmte Strafe noch nicht sogleich verwirkt; sondern es muß erst bewiesen werden, daß mit seiner Unternehmung wirklich eine Verminderung und Verarmung der Unterthanen verknüpft sei. Nach dieser Erklärung würde zuvörderst die ganze Vorschrift in der That dahin gehen, daß eine wirkliche Verminderung und Verarmung der Unterthanen nur nicht ohne Landesherrliche Bestätigung geschehen dürfe

10) Der Mecklenburgsche Landesgrundgesetzliche Erbvergleich §. 380. Elsässer in Beiträgen zum Kanzleiwesen p. 41.

dürfe —. Die Worte des Gesetzes bestimmen aber ausdrücklich, daß die eigenmächtige Niederlegung eines Dorfs **in der Regel gänzlich** verboten, hingegen **ein jeder** Eigenthumsherr schuldig sein soll, solches sein Vorhaben **jedesmal** zuerst dem Engern Ausschuß anzuzeigen. Kein Eigenthumsherr ist also befugt, ohne solche vorherige Anzeige, und darauf erfolgte Landesfürstliche Einwilligung die Niederlegung eines ganzen Dorfs vorzunehmen; auch selbst in dem Falle nicht, wenn nach Beschaffenheit der Umstände wirklich keine Verminderung oder Verarmung der Unterthanen damit verknüpft sein sollte. Dieß ist eine Sache, die dem alleinigen Ermessen des Guthsherrn unmöglich überlassen werden kann, sondern lediglich von der Bestimmung des Landesherrn abhängt. Man sieht hieraus, wie sehr die Worte: **Aus welcher Verarmung und Verminderung der Unterthanen** entstehet, gemißdeutet werden. Sie enthalten offenbar nichts anders, als den **Grund**, warum Niemand die Handlung eigenmächtig unternehmen soll. Wenn inzwischen ein Gesetz offenbar nur den wirklichen Mißbrauch einer sonst natürlich erlaubten Handlung verwerfen sollte, so würde es nicht weniger ungerecht sein, wenn man darum die ganze Handlung durchgängig als verboten und ungültig ansehen wollte. Diejenigen, welche behaupten, daß der Arzt von

dem

dem Kranken, dessen Heilung er zu besorgen hat, nichts kaufen dürfe, machen sich dieser unschicklichen Auslegung der Gesetze schuldig [11]).

§. 65.

Classification der einzelnen hieher gehörenden Fälle. Erste Classe.

Nach dieser Voraussetzung wenden wir uns nunmehr zur nähern Betrachtung der einzelnen hieher gehörenden Fälle selbst. Wir würden aber die Gränzen dieser Schrift ungebürlich überschreiten, wenn wir jeden besondern Gegenstand in seinem ganzen Umfang vollständig erörtern, und alles, was in Rücksicht desselben Rechtens ist, pünktlich vortragen wollten. Dieß mögen die Lehrbücher und andere Schriften ergänzen.

11) L. 3. D. de extraord. cognit., woraus man solches gewöhnlich herleiten will, erklärt den Kauf nur in dem Falle für ungültig, wenn der gewinnsüchtige Arzt den Kranken auf eine ungebührliche Art dazu vermocht hätte; Si Medicus, so lauten die eigenen Worte, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per aduersa medicamenta inferendo, *compulit*, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: inciuile factum praeses prouinciae coerceat, remque restitui iubeat —. Leyser Spec. 189. M. 8. bemerkt daher richtig: Noluit Ulpianus in ista Lege 3. ius generale facere, verum tantum improbitatem, eius, medici coercere; Es liegt also dem, der einen solchen Kauf anfechten will, der Beweiß ob, daß der Arzt die Einwilligung des Kranken durch unlautere Mittel bewirkt habe, worüber jedoch Leyser a. O. weiter nachzulesen ist.

gänzen. Unser Zweck erfordert nur, die Sache überhaupt auf allgemeine Regeln und Grundsätze zurückzuführen, einen richtigen Plan zur Uebersicht des Ganzen vorzuzeichnen, und eben dadurch den Mängeln abzuhelfen, welche in dieser Hinsicht dem Systeme des Civilrechts noch anzukleben scheinen. Da die Gründe, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber bewogen wird, eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung zu verbieten, und ungültig zu erklären, mancherlei sind, und eben daher das Resultat nicht immer eben dasselbe ist, so läßt sich hieraus am schicklichsten eine Classification der einzelnen Fälle entwerfen. Der Grund des bürgerlichen Verbots ist entweder aus der Handlung an sich, ohne Rücksicht auf die Person der Contrahenten, oder aus dem persönlichen Verhältnisse derselben herzuleiten; da denn im letztern Falle, einige Personen zu ihrem eigenen Beßten von allen oder einigen rechtlichen Handlungen ausgeschlossen sind, andere hingegen nicht sowol aus dieser Ursache, sondern weil es außerdem die gemeine Wohlfahrt erfordert, ihnen die Eingehung gewisser Rechtsgeschäfte nicht zu gestatten. Hieraus ergiebt sich, daß alle einzelnen Fälle, welche hieher gehören, füglich in drei Classen geordnet werden können. Die Erste begreift Handlungen, welche allgemein verboten sind, weil die uneingeschränkte Freiheit, sie zu unternehmen, mit nachtheiligen Folgen

verknüpft sein kann. Hieher gehören: 1) Die sogenannten Glücks- oder Hazardspiele [1]), auch die künst-

1) *L.* 3. *C. de Aleatoribus* in den Worten: nulli liceat, in publicis *vel priuatis domibus* vel locis ludere; et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio sed solutum reddatur. Ob diese Verordnung noch heutiges Tages anwendlich sei, darüber sind die Rechtsgelehrten sich nicht einig. Schoepfer sagt: Supposito fundamento, ludos hodie a principe tolerari et adprobari, sequitur validam quoque actionem hodie inde concedi; Synops. Pand. Lib. XI. Tit. V. n. 19. und Beyer in Delineat. D. Lib. XI. Tit. V. drückt sich darüber so aus; Ludunt principes cum nobilibus et aulicis, ludunt magistratus cum subditis, hos certe chartis et taxillis ludere sciunt; sciunt chartas et tabulas lusorias publice vendi, sciunt opifices iisdem conficiendis incumbere, iisque priuilegia monopolii concedunt, unde patet ludos fortunae hodie non prohibitos esse. Allein genau erwogen, behält doch immer die entgegen stehende Meinung ein weit stärkeres Gewicht. Denn obgleich an Höfen und in Beisein der Fürsten und Magistratspersonen gespielet wird, so kann dem Richter doch nur das Gesetz, nicht aber das Beispiel der Großen zur Richtschnur dienen. Man fragt nicht, was geschieht, sondern was geschehen sollte. Besser wäre es freilich, wenn diejenigen, welche über die Beobachtung der Gesetze wachen sollen, nicht selbst durch Duldung öffentlicher Unordnungen den Nachdruck und das Ansehen der Gesetze minderten. Allein das alles kann und darf doch den Richter nicht abhalten, genau nach den Gesetzen, deren Diener er ist, zu verfahren; zumal, da wol Niemand behaupten wird, daß der Grund, warum die Spiele dem Römischen Gesetzgeber so verhaßt waren, heutiges Tages wegfallen sollte. Die Spielsucht ist und bleibt eine

künſtlichen Spiele, ludi artis, in ſo fern zu hoch geſpielt worden [2]). 2) Der unerlaubte Wucher, usuraria prauitas [3]). 3) Der commiſſoriſche Ver-

 trag

eine Sache, welche viel Unheil nach ſich ziehet, und von der man noch immer mit Juſtinian ſagen kann: pro tempore abiit in lacrymas. Saepe enim ludentes proprias substantias perdiderunt, dic noctuque ludendo. Consequentur autem ex hac inordinatione blasphemare Deum conantur etc. *L.* 3. *C. de Aleator* — daß übrigens auch im Römiſchen Staate beſonders die Großen den Glücksſpielen ſehr ergeben waren, davon kann unter Andern Auguſt zum Beiſpiele dienen. SUETONII *Octauius* c. 71. giebt darüber einige unterhaltende Nachrichten.

2) Cic. L. 3. C. *de Aleatoribus* in den Worten: Sed nec permittimus in his ultra unum solidum ludere, si multum diues sit, ut si quem vinci contigerit, casum grauem non sustineat; von welcher Verordnung Struben in ſeinen rechtlichen Bedenken Th. 4. Num. 131. auf das Billiardſpiel die Anwendung macht. Siehe auch SCHILTER Exerc. 21. §. 21. Mit den Glücksſpielen haben zwar die Wetten viel ähnliches. Gleichwol iſt der Schluß vom Verbot der erſtern auf die Ungültigkeit der letztern, wozu einige Rechtslehrer, z. B. STRYK us. mod. XI. 5. 21. und VOET comm. ad Pand. ibid. n. 8. durch die L. 3. D. de aleator. ſind verleitet worden, ſehr unrichtig. Leyſer hat mittelſt richtiger Erklärung dieſes Geſetzes jenen Irrthum widerlegt, Spec. 127. med. 1. etc. Ueberhaupt aber iſt die Lehre von den Wetten, und deren Rechtsverbindlichkeit treflich erläutert in den Beiträgen zur Juriſtiſchen Litteratur in den Preußiſchen Staaten, 2te Sammlung. p. 70. ꝛc.

3) Obgleich die Frage: wie viel Zinſen man nehmen dürfe? nach Römiſchen Rechten in Rückſicht auf den Stand des Glän-

trag bei Verpfändungen [4]). 4) Der Vergleich, wodurch künftigen Alimenten, ohne richterlichen Consens,

Gläubigers verschiedentlich zu beantworten ist: L. 26. §. 1. C. *de usur.* Westenrerg princ. iur. Lib. 22. Tit. 1. §. 20. 21., so kommt es doch vermöge der Deutschen Reichsgesetze auf diesen Unterschied gar nicht weiter an. Nach der allgemeinen Vorschrift des R. A. vom J. 1654. §. 174. sind durchgängig nur 5 Procent als ordentliche Zinsen erlaubt. Man sucht zwar den 6ten Zinsthaler noch immer zu vertheidigen, weil ihn 1) das Römische Recht erlaubt, und 2) die Reichsgesetze, welche nur 5 von Hundert gestatten, vor dem jüngsten Reichsabschiede entweder bloß von sogenannten wiederkäuflichen Gülten, oder nur vom interesse moraе, nicht aber von vertragsmäßigen Zinsen beim Darlehne überhaupt redeten; 3) der neueste Reichsabschied aber an gedachter Stelle nur als ein Zeitgesetz den Schuldnern, welche durch den 30jährigen Krieg zurückgekommen wären, zu Statten kommen sollte. von Meiern Gedanken über die Rechtmäßigkeit des 6ten Zinsthalers; Hufeland Beiträge zur Berichtigung der positiven Rechtswissenschaften. 1tes Stück. Nr. 2. Hugo Civil. Magazin, II. Band, 2. Heft, Nr. 7. Dagegen aber hat Gerstlacher im Handbuche der Deutschen Reichsgesetze 10ten Bande p. 2119.ꝛc. sehr überzeugend dargethan, daß schon die ältern Reichsgesetze namentlich die Polizeiordnungen von 1448, 1530, und 1577 die Zinsen über 5 von Hundert überhaupt für wucherlich erklärt, und verboten hätten, und daß der neueste Reichsabschied §. 174. allerdings als eine Bestätigung dieser vorhin schon bestandenen, und für bekannt angenommenen Generalregel anzusehen sei.

4) L. ult. C de pact. pign. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri; si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum

sens, entsagt wird [5]). 5) Die Verabredung, daß Statt der auf einen Proceß vorgeschossenen Kosten und gesetzmäßigen Zinsen davon, ein Theil des ge-

cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt. *Joh. Guil. van* Muschenbroeck Diss. de Lege commissoria in pignore, Lugd. Batav. 1752. beim Oelrichs in nov. thes. Diss. Vol. I. T. 2. pag. 635. Meine Erläuterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bei Verpfändungen das Verbot der sogenannten *Legis commissoriae?* Kiel 1784.

5) *L.* 8. *C. de transact.*: De alimentis praeteritis, si quaestio deferatur, transigi potest, de futuris autem sine Praetore siue Praeside interposita transactio nulla auctoritate iuris sensetur. *L.* 8. *pr. D. eod.*: Quum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti; Diuus Marcus Oratione in senatu habita effecit etc. *Ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam auctore Praetore facta* etc. *Nic. Hieron.* Gundling *de Transact. stabilitate et instabilitate*, Halae 1719. Viele halten auch dafür, daß Streitigkeiten über ein Testament nicht gültig und verbindlich verglichen werden können, wofern nicht zuvor das Testament vorgelegt und von den Parteien gelesen worden. Daß aber die Worte des Cajus in L. 6. D. de transact.: De his controuersiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti; keine eigentliche gesetzliche Vorschrift (verba dispositiua) enthalten, ergiebt sich aus der L. 1. D. Quemadm. testam. aper., wo man sie in ihrem ganzen Zusammenhange antrifft. Ausführlich handeln hievon Eckhard hermeneut. iur. Lib. I. Cap. V. §. 172. und 73. und daselbst Walch in den Noten.

wonnenen Vermögens gezahlt werden soll [6]). 6) Der Ankauf noch nicht eingeerndteter Früchte, für eine geringere Summe, als der Marktgängige Preiß nach erfolgtem Einschnitte mit sich bringet [7]). 7) Die Schenkung über 500 Soliden ohne gerichtliche Insinuation [8]).

§. 66.

6) L. 53. D. de pactis: Sumtus quidem prorogare litiganti honestum est; pacisci autem, ut non quantitas eo nomine expensa cum usuris licitis, restituatur, sed pars dimidia eius, quod ex ea lite datum erit, non licet. Ueber dieses Verbot, welches in Ansehung der Advocaten noch weiter geht (§. 67.) enthält der Versuch eines Auszugs der Römischen Gesetze, Breslau 1783. Seite 107. in der 10ten Anmerkung ein gutes Raisonnement.

7) R. P. O. v. J. 1548. Tit. 17. §. 1. Heineccius de venditione illicita fructuum in herbis, Halae 1738. in Op. T. II. p. 275.

8) L. 27. C. de donat.: Data iam pridem lege statuimus, ut donationes interueniente actorum testificatione conficiantur, quod vel maxime inter necessarias coniunctasque personas conuenit custodiri. Siquidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quiduis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id, quod vere gestum est, aboleri. Justinian schränkte diese allgemeine Verordnung anfangs auf diejenigen Schenkungen ein, welche über 300 Soliden hinausgingen, L. 34. C. eod.; und endlich setzte er die Summe von 500 Soliden vest. L. 36. §. ult. C. eod.: Caeteris etiam donationibus, quae gestis interuenientibus minime sunt insinuatae sine aliqua distinctione usque ad quingentos solidos valituris. Es ist aber unter den Gelehrten noch nicht ausgemacht, ob die wahre Absicht dieses Verbots nur dahin gehe, damit

§. 66.

Fortsetzung des vorigen; zweite Classe.

Zur zweiten Classe, wo gewissen Personen die Befugniß, rechtliche Handlungen einzugehen, **zu ihrem eigenen Beßten** bald gänzlich, bald nur in Rücksicht auf einige Rechtsgeschäfte genommen wird, weil die Gesetze annehmen, daß ihnen die gehörige Einsicht, Ueberlegung und Freiheit des Willens abgehen, oder sie doch wenigstens der Uebereilung, und ungebührlicher Verleitung vorzüglich ausgesetzt sind, gehören 1) die Geschäfte der Unmündigen und Minderjährigen [1]), imgleichen 2) solcher Personen,

damit Niemand sich durch übermäßige Schenkungen ruiniren solle, oder damit der ernstliche und freie Wille des Schenkers außer Zweifel gesetzt werde. Die mehrsten glauben das erstere, Claproth *iurispr.* extraiud. §. 196. Doch scheint das letztere dem Inhalte der angeführten L. 24. C. de donat. angemessener zu sein. Hoepfner in theoretisch praktischen Commentar über die Heinecciſchen Institutionen §. 413. Man sieht sehr leicht, daß in Ansehung der Richterlichen Untersuchung und Bestätigung erhebliche Folgen davon abhängen, ob man das Eine oder das Andere zum Grunde legt.

1) L. 189. D. de reg. iur.: pupillos nec velle, nec nolle in ea aetate, nisi adposita tutoris auctoritate, creditur. §. 1. 2. I. Quib. al. lic. vel non: Sic admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse, sic et soluere non possunt, *quum nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.* —

L. 3.

welche gerichtlich für Verschwender declarirt sind, ohne Einwilligung der Vormünder [2]); 3) die Bürgschaft und sonstige Intercessionen der Frauenspersonen [3]); 4) nach verschiedenen provinzial Gesetzen, und statutarischen Rechten alle Rechtsgeschäfte der Weiber, ohne Zuziehung des ihnen beigeordneten Curators [4]).

§. 67.

L. 3. C. de in integr. rest.: Si *curatorem habens* minor XXV. annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet, *quum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est.*

2) L. 1. D. de curatorib. furios.: Lege duodecim Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio. L. 6. D. de uerb. obl.: Is, cui bonis interdictum est, tradere non potest, vel promittendo obligari. Leyser Spec. 349. Med. 1. 2.

3) L. 1. pr. D. ad S. C. Velleian.: Hoc Senatusconsulto plenissime comprehensum est, *ne pro ullo feminae intercederent.* L. 16. §. 1, ibid. verb.: totam obligationem Senatus improbat. Paullus Lib. 2. recept. sentent. Tit. 11.: In omni genere negotiorum et obligationum tam pro viris, quam pro feminis intercedere mulieres *prohibentur.* L. 2. pr. et in fin. L. 14. 16. pr. §. 1, L. 32. §. 2. D. ad S. C. Velleian. Den wahren Grund dieser Römischen Gesetze habe ich in meinen Beiträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, 1stem Stück Nr. 3. etwas näher bestimmt.

4) Mevius *ad ius Lubecense* Lib. 1. Tit. 10. Art. 3.

§. 67.

Fernere Fortsetzung. Dritte Classe.

Zur dritten und letzten Classe rechnen wir endlich diejenigen Fälle, wo das bürgerliche Verbot zwar auch nur gewisse Personen betrifft, jedoch nicht zum eigenen Besten derselben, nicht — weil die Gesetze bei ihnen einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zum contrahiren, vermuthen, oder eine vorzügliche Gefahr der Verletzung befürchten, sondern weil es sonst die gemeine Wolfahrt erfordert, sie von diesen oder jenen rechtlichen Handlungen gänzlich zu entfernen. So z. B. sind 1) nach verschiedenen Rechten vom Erwerb unbeweglicher Güter ausgeschlossen alle Fremde [1], Kirchen, Klöster [2] und Juden [3]; ferner darf 2) keinem Christen die

1) **Lübeckſches Recht**, Lib. 1. Tit. 2. Art. 5. Mevius in Comment. ad I. L. l. c. n. 7. Gail p. II. Obseru. 19. n. 3. Runde Grundsätze des Deutschen Privatrechts, §. 314.

2) Mevius c. l. Art. 6.

3) Die mehresten Deutschen Gesetze stimmen hierin mit einander überein. de Selchow *Elementa iuris Germanici.* §. 214. Runde §. 641. Heumann initia. iur. polit. pag. 267. *Jac. Aug.* Frankenstein *de iuribus singularib. iudaeorum* in Germania Lips. 1722. Pufendorf. Tom. 1. Obs. 96. Tom. 3. Obs. 55. A. F. Trendelenrurg Respond. *N. G. B. L. B.* de Loevenstern *Obseruationes quaedam de Iudaeis, eorumque diuersa conditione secundum ius Romanum et Germanicum, in primis quoque Mecklenburgicum, Bützouii* 1768.

Schuldforderung eines Juden an einen Christen abgetreten werden [4]); auch soll 3) die Cession nicht an einen Mächtigern geschehen [5]). Den Richtern ist 4) das Annehmen der Geschenke, wenn auch an sich keine unerlaubte Absicht dabei obwalten sollte, verboten [6]); so wie 5) den Advocaten jeder Vertrag, wodurch

4) R. A. v. J. 1551. §. Diesem zu begegnen. R. P. O. v. J. 1577. tit. 20. §. Es soll auch. Pufendorf Obseru. II. 58. *Sam. Frid.* Boehmer *de cessione nominis a Iudaeo in Christianum facta, rata vel irrita*, Francofurti 1758. Carpzov. Lib. 5. Resp. 38. und p. II. const. 30. def. 45. Berger. *oecon. iur.* Lib. III. Tit. 5. th. 5. not. 2. Joh. Heinr. Christ. von Selchow Rechtsfälle enthaltend Gutachten und Entscheidungen vorzüglich aus dem teutschen Staats- und Privatrechte; 2. Band. N. 26. Kunde §. 643.

5) L. 2. C. Ne lic. potent.: Si cuiuscunque modi actiones ad potentiorum fuerint delatae personas debiti creditores iactura multentur. Wernher p. I. Obs. 283. und p. 3. Obs. 209. Brockes Select. obseru. forens. N. 313. *Sam.* Stryck. Diss. *de cessione in potentiorem.*

6) Von der an sich schon höchst unerlaubten Bestechung ist es bekannt, daß die Criminalgesetze aller Völker, selbst die ungesittetsten nicht ausgenommen, harte und schimpfliche Strafen dagegen gedrohet haben. Olearius in der Reise nach Persien Tom. 5. cap. 31. Eine sehr scharfe und nachdrückliche Verordnung gegen die Bestechungen, aus dem Jahre 1498. findet man auch beim Malblanc Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Seite 9. Jedoch von diesem wirklichen Verbrechen ist hier eigentlich die Rede nicht. Wenn aber, um alle Gelegenheit dazu zu verhüten, und eine

unpar-

wodurch ihnen vor geendigtem Rechtsstreit auf den Fall

unpartheiische Rechtspflege möglichst zu befördern, den Richtern das Annehmen der Geschenke überhaupt verboten wird: so gehören dergleichen Verordnungen allerdings hieher. Das ältere Römische Recht war in diesem Stücke den Richtern und Magistratspersonen nicht ganz ungünstig: Non in totum xeniis abstinere debet Proconsul, sed modum adiicere, ut neque morose in totum abstineat, neque auare modum excedat. Neque enim omnia, neque quouis tempore, neque ab omnibus. Nam valde inhumanum est, a nemine accipere. L. 6. §. 3. D. de off. Procons. Durch neuere Verordnungen des Kaisers Justinian ward hingegen diese Freiheit gänzlich aufgehoben. L. 6. C. d L. Jul. repetund. Nov. 8. und 161. Vermöge des erstern Gesetzes sollen die Richter schweren, se nihil penitus tam in administratione positos, quam post depositum officium pro aliquo praestito beneficio tempore administrationis, accepturos. — Illos enim, fügt die zweite Verordnung überdem noch hinzu, puris procuremus uti manibus, et ab omni abstinere acceptione, illis satis contentos, quae a fisco dantur. Mit dieser Absicht des Kaisers konnte es nicht wol bestehn, wenn nicht auch zugleich verboten wurde, sich zur Erlangung eines Richteramts den Weg durch Geschenke und Gaben zu bahnen. Daher fügt die erwähnte Constitution sogleich hinzu: Quod non aliter fiet, nisi et ipsi cingula sine mercede percipiant. Nach den ältern Römischen Gesetzen war dieses schon hart verboten. Unter den Kaisern aber ward es nach und nach den Höflingen erlaubt, für ihr Vorwort und Unterstützung einer Angelegenheit beim Kaiser etwas zu nehmen; auch sich im Voraus versprechen zu lassen. Daher der sogenannte contractus suffragii, und die daraus entspringende actio suffragii. L. un. Cod. de suffragio

Fall, wenn ſolcher gewonnen würde, ein gewiſſer Vor-

fragio und Peretz *in Commentario ad dict. tit.* Cuiacius in Paratitl. ad Nou. 8. p. m. 81. *Joh. Ott.* Taboris *expositio paratitlaris L. un.* C. *de suffragio* im Volum. I. ſeiner Tractate p. 152. Die Sache ward in der Folge dergeſtalt allgemein, daß die Kaiſer ſelbſt wol durch dergleichen Beiträge ihre Schatzkammer zu bereichern pflegten; bis endlich Juſtinian in Nouell. 8. und 161. ausdrücklich verordnete, daß Niemand, um eine richterliche Würde und Magiſtratur zu erhalten, oder andern zu verſchaffen, irgend etwas geben oder nehmen ſollte. L. un. C. de suffragio iſt daher durch dieſe neuere Verordnung nicht gänzlich; wie Perez a. a. O. dafür hält, ſondern nur allein, ſo viel den Richterſtuhl betrifft, aufgehoben worden. Cuiacius l. c. In dieſem Betrachte bleibt die Sache durchgängig verboten, es mag das Geſchenke oder Verſprechen geſchehen ſein, wem, oder von wem es wolle. Betrifft hingegen der contractus suffragii keine Beförderung **zu obrigkeitlichen Aemtern**, ſondern die Empfehlung anderer Angelegenheiten, ſo iſt er gültig und rechtsverbindlich. Nur aber wird auch im letztern Falle ſchlechterdings vorausgeſetzt, daß derjenige, dem zu Unterſtützung einer Sache etwas gegeben worden, nicht ſchon von Amtswegen verbunden war, ſolche zu beſorgen. *Joh. Gottfried* Schaumburg *in adnotationibus ad Struuii iurisprud. rom. Germ. forens.* pag. 383. not. l: Praesupponitur tamen negotium. quod quis vi officii expedire non debebat, quodque leges pretio compensare non vetant; Qui enim pecuniam aliamue rem accipit, *quo officium faciat, vel non faciat*, ille delinquit, et in crimen repetundarum incidit. Man ſehe auch *Beniam.* Reisig *Diss. de contractu suffragii ad L. un. C. de suffragio, Goett.* 1737.

Vortheil versichert wird [7]). In diese Classe gehören auch 6) die verbotenen Heirathen unter gewissen Personen, theils wegen zu naher Blutsfreundschaft und Schwägerschaft, theils wegen anderer Ursachen [8]), und endlich 7) die verschiedenen Polizeigesetze

7) L. 6. §. 2. C. *de postulando*: Nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recipit fidem ineat aduocatus, nullam conferat pactionem. L. 7. D. mandati, verb.: euentum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit. Daß man hiebei sehr unrichtig zwischen Verträgen de quota litis und dem palmario unterscheidet, vielmehr das Letztere, wenn es vorausbedungen wird, ebenfalls unerlaubt ist, erhellet nicht allein aus den angeführten Gesetzen, sondern auch aus L. 1. §. 12. *D. de extraordin. cognit.* wornach dem Advocaten durchaus nicht mehr als das rechtmäßige honorarium gültig soll versprochen werden können. Struben Rechtl. Bedenk. Th. 1. Nr. 104.

8) Bekanntlich herrschen in der ganzen Lehre vom Verbot der Ehen unter Anverwandten und verschwägerten Personen viele Streitigkeiten, worauf ich mich jedoch hier nicht weiter einlassen kann. Seitdem der Ritter **Michaelis** in seiner **Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis**, diese Materie bearbeitet hat, sollte man freilich glauben, der Nebel müßte endlich verschwinden. Allein die Sache ist und bleibt unter Theologen und Juristen controvers. **Ch. Joh. Gabr. Süssens unvorgreifliche Gedanken, wie der so lange her geführten Controverse über die Ehegesetze Mosis endlich nach Wunsch möchte können abgeholfen werden?** Lübeck 1769, sind pia desideria, wovon nichts zu erwarten ist. Er meint, die gesammten Facultäten müßten zusammentreten, und — sich ver-

gesetze und andern bürgerlichen Anordnungen, wodurch gewisse Personen von diesem oder jenem Gewerbe, von dieser oder jener Gattung der bürgerlichen Nahrung, der Kaufmannschaft u. s. w. ausgeschlossen sind °).

§. 68.

vergleichen. — Siehe Schotts unparth. Kritik, Nr. 42. Seite 149. imgleichen die anonymische Schrift: Ehelicher Verrrag oder Gesetze des Ehestandes, nebst einer Abhandlung über den Ursprung der Dispensationen, 1784. ohne Benennung des Druckortes; ferner: Entwickelung der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend, Tübing. 1785. Besser ist es, vor der Hand durch bestimmte gesetzliche Vorschriften der Ungewißheit in foro externo abzuhelfen; so wie's schon Justinian wollte: Si quid vero in iisdem legibus fortassis obscurius fuerit, oportet, ad imperatoria interpretatione patefieri, duritiemque emendari. L. 9. C. de LL. unbekümmert um die Zänkereien der Rechts- und Schriftgelehrten, bis die Zeit für gut findet, es auch bei ihnen völlig Tag werden zu lassen; so wie der heil. Vater seinen Legaten instruirte: Nemo mirari debet, si non statim omnia errata et abusus omnes emendatos viderit. Inueteratus nimium morbus est, nec simplex, sed varius et multiplex; pedetentim in eius cura procedendum est, et prius grauioribus, magisque periculosis occurrendum, ne omnia pariter reformare volentes, omnia perturbemus. Hadriani IV. Instruct. Legati ad Germanos 1122. Raynald. N. 70.

9) L. A. G. Schraders Handbuch der Rechte in den Herzogthümern Schleswig und Holstein, Altona 1784. §. 29. u. f. f. Hieher gehören auch die Verordnungen verschiedener Handlungs- und Seerechte, wodurch

§. 68.

Von der natürlichen Verbindlichkeit in den vorstehenden Fällen überhaupt. Barbeiracs Meinung.

Barbeirac [1]) macht den Rechtsgelehrten und Philosophen einen Vorwurf, den er selbst vielleicht gleichfalls verdienen möchte. Il me semble, schreibt er, que cette matiére de la validité des conventions illicites n'a pas encore eté traitée assez exactement, et que l'on decide la queſtion d'une maniére un peu trop generale faute de faire attention aux veritables principes, d'ou depend la solution des divers cas, qu'elle renferme. Denn ob er gleich, um den Gegenstand der Frage vollständig zu zergliedern, diejenigen Verträge, welche an sich schon dem Naturrechte zuwider laufen, von denen sorgfältig unterscheidet, welche nur bürgerlich ver-

wodurch gewisse Personen von den Assecuranzen dergestalt ausgeschlossen sind, daß sie solche weder geben noch nehmen dürfen. Z. B. die Mäckler, Schiffsclarirer, Dispacheurs, und Taxatoren der Schäden, die Richter der Versicherungsstreitigkeiten, deren Schreiber und Bediente, die Zoll- und Acciseinnehmer, u. s. w. Bei Strafe, daß die Versicherungen dieser Personen ungültig und nichtig, auch die Prämie hin und wieder dem Fiscus verwirkt sein soll. **Das Recht der Assekuranzen und Bodmereien, systematisch abgehandelt,** Königsberg 1771. §. 23. u. f.

1) In seinen Anmerkungen über **Pufendorfs** Natur- und Völkerrecht; **L. III. c. 7. §. 6. n. 2. p. 468.**

verboten sind, so hat er doch, zumal was den letztern Punct anbetrifft, die Sache noch keinesweges in das gehörige Licht gesetzt. Von Verträgen, die an sich schon dem Naturgesetze entgegen gehen, ist hier eigentlich die Rede nicht, wiewol es allemal eine merkwürdige Erscheinung in der Geschichte des menschlichen Verstandes bleibt, daß die Frage: ob zur Erfüllung solcher Verträge eine Verbindlichkeit Statt finde? unter den Gelehrten streitig werden — ja sogar denkende Köpfe auf die bejahende Meinung gerathen konnten. Grotius hält dafür, daß, ob gleich Niemand durch sein Versprechen sich anheischig machen könne, eine wirkliche unerlaubte Handlung zu unternehmen, dennoch, wenn die That einmal verübt worden, der andere Contrahent schuldig sei, die versprochene Belohnung zu entrichten. Quaeri solet, schreibt er [2]), an promissio facta ob causam naturaliter vitiosam ipsa natura valeat? ut, si quid promittatur homicidii perpetrandi causa? Hic ipsam promissionem vitiosam esse satis adparet; at vitium manet, quamdiu nondum perpetratum est crimen, unde sequitur usque ad id tempus promissionis talis efficaciam esse in pendenti, *crimine vero perpetrato iam obligationis vim exseri etc.* Daß bürgerliche Gerichte deshalb keine Klage gestatten dürfen, versteht

2) de iure belli et pacis Lib. 2. c. 11. §. 9.

versteht sich nach klarer Vorschrift der Gesetze [3]) von selbst. Auch die öffentliche Duldung einer unsittlichen und entehrenden Sache ist noch nicht hinreichend, um neben der Strafloſigkeit derselben, auch zugleich ein wirksames Recht in foro ciuili zu behaupten [4]).

3) L. 26. D. de Verbor. obligat.: Generaliter nouimus turpes stipulationes nullius esse momenti —. L. 6. C. de pactis.

4) Verschiedene Rechtslehrer glauben zwar, daß nach Römischen Rechten die öffentlichen Huren berechtiget gewesen sind, den versprochenen Lohn gerichtlich einzuklagen. Struv. Exercit. XVIII. th. 22. Thomasius *ad Huberi praelect.* iur. ciu. Lib. XII. Tit. V. §. 3. Nic. Hieron. Gundling Gedanken von dem Römischen Hurenzoll oder Hurenlohn, in der Sammlung seiner kleinen deutschen Schriften, Seite 442. Franzkius *Comment. ad Pandectas* Lib. 12. tit. 5. n. 10. Wiewol dieser hinzufügt: sed haec licet ita sint, castitati temporum nostrorum non conueniunt. Das Gegentheil behaupten Hahn ad Wesenb. L. XII. Tit. V. §. 4. Stryck. adnotat. ad Lauterbach. comp. tit. de cond. ob turp. caus. beim Mollenbec. Thes. iur. ciu. p. 490. Voet. Comment. ad Pandect. L. XII. Tit. V. §. ultim. Pufendorf Tom. IV. obseru. 75. Die Meinung der letztern verdient unstreitig den Vorzug, weil turbitudo facti dadurch nicht aufhört, daß sie im Staate ungestraft hingehet, folglich alles Uebrige, was sonst von dergleichen factis überhaupt Rechtens ist, seine ungezweifelte Fortdauer behält, und weil, so viel besonders das Römische Recht anbetrifft, die Unzulässigkeit der Klage schon daraus klar erhellet, daß die Frage, ob der gegebene Lohn wieder zurückgefordert werden könne? nur nach den Grundsätzen, welche bei der condict. ob turp. caus. eintreten, behan-

Nach dem Naturrechte bestreiten **Pufendorf** und **Barbeirac** jene Lehre umständlicher, als die Evidenz der Sache zu erfordern scheint. Nichts ist leichter, als den **Grotius** aus seinen eigenen Grundsätzen zu widerlegen. Er behauptet selbst kurz zuvor, daß das Versprechen einer an sich unerlaubten Handlung schlecht-

behandelt wird. L. 4. §. 3. D. *de condict. ob turp. vel iniust. causam:* Quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt. Sed noua ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis, illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, quum sit meretrix. Konnte der Lohn vermittelst einer Klage schon gefordert werden, so war der Grund, *quoniam solius dantis turpitudo versatur;* offenbar wunderlich. Würde der Jurist die Sache nicht vielmehr geradezu daraus abgeleitet haben, weil die Zahlung aus einer sogar klagbaren Verbindlichkeit geschehen sei; und wie konnte dem Geber eine Schande vorgeworfen werden, wenn man ihn durch gerichtliche Klagen zur Zahlung hätte anhalten können? Uebrigens wird die von **Ulpian** angenommene turpitudo *solius dantis* mit Recht von HUBER praelect. iur. ciu. Lib. 12. Tit. 5. §. 3. getadelt. Auch der voraus bezahlte Lohn kann wegen nicht erfüllter Zusage nicht zurückgefordert werden, obgleich HAHN ad WESENBEC. l. c. VASQUIUS Lib. 1. controuers. cap. 48. die Zulässigkeit condictionis causa data causa non secuta vertheidigen, ja BALDUS und SALICETUS sogar behaupten: vim inferri mulieri licere. quae corpore quaestum faciens stupri causa pecuniam acceperit. Die öffentliche Duldung, welche dem **Thomasius** die Sache zweifelhaft machte, ändert hier nichts, da sie sich nur auf die Strafloſigkeit beziehet.

schlechthin ungültig und unverbindlich sei. Ist es denn nun nicht auch an sich schon unerlaubt, Andere zur Ausübung einer verbotenen That zu dingen? So wenig diese Zusage auf der einen Seite je verbindlich werden kann, eben so wenig mag der andere Contrahent irgend ein Recht erlangen, nach begangenem Verbrechen die versprochene Belohnung dafür zu fordern. Was aber besonders diejenigen Rechtsgeschäfte betrifft, welche an sich zwar natürlich erlaubt, hingegen bürgerlich verboten sind: so glaubt Barbeirac [5]) die Frage: ob und in wie fern eine Verbindlichkeit daraus entstehen könne, durch folgende Distinction richtig zu bestimmen. „Wer einen Vertrag schließt, welchen die Civilgesetze verbieten, der contrahirt entweder mit einem Fremden, oder mit seinem Mitbürger. Im Ersten Fall war dem Fremden entweder das bürgerliche Verbot bekannt, oder nicht. Wuste er es, so kommt es wiederum darauf an, von wem der erste Antrag zur Eingehung des verbotenen Handels geschehen ist. That ihn der Fremde: so ist der Bürger an sein Versprechen so wenig gebunden, daß er weder sein Wort erfüllen, noch den Fremden entschädigen darf. Denn man muß in diesem Falle annehmen, daß der einheimische Contrahent die Sache nicht gehörig erwogen, vielmehr aus Ueber-

5) a. a. O. p. 470. am Ende.

eilung den Handel getroffen hat; weshalb die Verbindlichkeit auf seiner Seite wegfällt. Nur, was der Fremde wirklich bezahlt, oder gegeben hat, muß ihm wieder ersetzt werden. — War es aber der Bürger, welcher den Handel zuerst antrug: so ist er zwar nicht zur eigentlichen Leistung dessen, was er versprochen hat, gehalten, wol aber zur völligen Entschädigung des Fremden. Denn hier kann man nicht sagen, daß er sich aus Leichtsinn zu dem Handel entschlossen hat. 6) — War endlich das bürgerliche Verbot dem Fremden nicht bekannt: so hat er ein vollkommenes Recht, auf die Erfüllung des Contracts, oder in deren Entstehung auf eine völlige Schadloßhaltung zu dringen. Im zweiten Falle hingegen, wenn beide Contrahenten Bürger desjenigen Landes sind, nach dessen Gesetzen der Vertrag verboten ist: so handeln sie zwar beiderseits unrecht, jedoch stehen sie unter sich in dem Verhältnisse, daß keiner wider Willen des Andern von seiner Zusage abgehen darf, sondern solche erfüllen, oder den andern Theil entschädigen muß. Denn da

man

6) Ich sehe nicht ab, wie er gerade hier folgendes Argument gebrauchen konnte: les etrangers ne sont point obligéz à la rigueur de s'informer de ce, qui se passe hors de chez eux. Denn dieß gehört ja offenbar erst zu dem folgenden Falle, nicht aber hieher, wo vorausgesetzt wird, daß der Fremde die Verordnung unserer Gesetze wirklich gekannt habe.

man wissentlich ein ungültiges Geschäft unternimmt: so entsagt man dem Rechte, es anfechten zu können. So lange inzwischen das eigentliche Geschäfte, welches die Gesetze verbieten, noch auf keiner Seite zur Ausübung gekommen ist, stehet es frei, von dem bloßen Versprechen wieder abzugehen. Z. B. Man hat sich verabredet, zu einer gewissen Zeit ein Hazardspiel vorzunehmen — So würde diese Zusage freilich nicht binden; wer aber wirklich gespielet, und eine gewisse Summe verloren hat, wird allerdings dadurch verbindlich, so wie derjenige, welcher contrebande Waaren zu liefern versprochen, und bereits Geld dafür empfangen hat, sich nicht entziehen kann, entweder die Waare zu liefern, oder den andern Theil gänzlich zu entschädigen." —

§. 69.

Wird widerlegt.

Daß aber diese Lehre theils mit Irrthümern untermengt sei, theils aber den ganzen Gegenstand bei weitem nicht erschöpfe, ist leicht zu erweisen. Ob der Unterthan mit einem Fremden oder mit seinem Mitbürger contrahirt, und ob der Fremde das Verbot gewußt habe, oder nicht, sind freilich Umstände, worauf etwas, aber nicht alles ankommt. Doch hievon bald mit mehrerm. Zuvörderst können wir nicht zugeben, daß in dem Falle, da dem Fremden das bürgerliche Verbot bekannt war, noch ein Un-

terschied zu machen sei, ob er, oder der einheimische Contrahent, den ersten Antrag zur Eingehung des Handels gemacht habe. Denn vorausgesetzt, daß dieser erste Antrag nicht in einer listigen Beredung bestanden hat: so wußte ja der Fremde in beiden Fällen, daß der andere Contrahent kein Recht hatte, etwas zu versprechen, welches den Gesetzen seines Landes entgegen ging, und folglich bleibt die Sache immer dieselbe, es mag der Fremde, oder der Einheimische den Handel zuerst in Anrege gebracht haben. Fällt im ersten Falle die Verbindlichkeit weg, so findet sie auch sicher im zweiten nicht Statt. Hiernächst kann ich es unmöglich billigen, wenn Barbeirac da, wo er den bürgerlich verbotenen Vertrag unverbindlich hält, den Grund hievon darin setzet, weil man annehmen müßte, daß die Zusage in solchem Falle nicht mit gehöriger Ueberlegung geschehen sei. Eben hieraus will er auch die Richtigkeit solcher Verträge, die an sich schon dem Naturrechte zuwider sind, beweisen. Gundling macht sich über diesen Einfall des Barbeirac sehr lustig [1]), und in der That verdient er es auch. Denn müssen wir bloß darum, weil die Handlung verboten ist, bei dem Urheber derselben einen Mangel der freien Ueberlegung annehmen: so muß man zuge-

1) Gundling Discours über das Natur- und Völkerrecht. Seite 195.

zugeben, daß Niemand mit völliger Freiheit den Vorsatz fassen könne, die Gesetze zu übertreten, so läßt sich kein Dolus, welcher doch sicher Ueberlegung voraussetze, weiter behaupten, so stehet es in der That um alle Imputation in rebus illicitis sehr mißlich aus — Endlich ist auch selbst die Entscheidung, welche **Barbeirac** zuletzt vorträgt, offenbar unrichtig. Wird der Contract von den Unterthanen des Landes, nach dessen Gesetzen er verboten ist, geschlossen, so giebt **Barbeirac** zwar zu, daß beide Contrahenten unrecht handeln, jedoch sollen sie unter sich dergestallt daran gebunden sein, daß keiner wider Willen des andern davon abgehen dürfe. Ich begreife nicht, wie der Lehrer des Naturrechts dieses im Allgemeinen hat für wahr halten können, da er selbst behauptet, daß ein Versprechen, welches natürlich unerlaubt ist, keine Verbindlichkeit wirke: und Verträge, welche die bürgerlichen Gesetze verbieten, eben dadurch auch natürlich unerlaubt sind. Soll ferner ein Vertrag gültig sein: so muß der Gegenstand desselben von der Disposition der Contrahenten abhängen; wie läßt sich aber dieses von Dingen behaupten, welche der bürgerliche Gesetzgeber der Willkühr der Unterthanen entzogen hat? Keine Verbindlichkeit, einem andern etwas zu leisten, läßt sich endlich gedenken, wofern nicht der letztere ein Recht hat, solches zu fordern. Wer wird ihm aber

dieses Recht zugestehen, wenn die Sache durch bürgerliche Gesetze verboten ist?

§. 70.

Versuch einer richtigern Bestimmung.

Als Regel muß man überhaupt den Satz gelten lassen, daß keine natürliche Verbindlichkeit Statt finde, um ein Versprechen zu erfüllen, welches die bürgerlichen Gesetze verbieten. Siehet man aber auf die verschiedenen Bewegungsgründe der letztern zurück: so findet man, daß das bürgerliche Verbot sehr oft nur zum eigenen Besten der contrahirenden Theile, zur Verhütung unüberlegter Zusagen geschehen sei. Die zweite Classe der verbotenen Rechtsgeschäfte (§. 66.) enthält mehrere Fälle, wo eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung nur solchen Personen verboten ist, bei denen die Gesetze die natürliche Fähigkeit, rechtliche Geschäfte gehörig einzugehen, nicht annehmen; so wie es auch sonst in der obigen Classification nicht an Beispielen verbietender Gesetze fehlt, welche bloß zur Beförderung mehrerer Gewißheit, zur Erleichterung des gerichtlichen Beweises, zur Verhütung eines übereilten Versprechens, und der daraus entstehenden Laesion, die Gültigkeit und den Bestand einer rechtlichen Handlung an gewisse Formalitäten binden, oder gewisse Verträge verbieten (§. 65. n. 7.). In allen diesen Fällen kann es in Rücksicht

auf

auf die einzelnen Subjecte, welche den Handel getroffen haben, und nach individuellen Umständen gar wol sein, daß eine natürliche Verbindlichkeit durch einen obgleich bürgerlich verbotenen Vertrag gewirkt werde. Der Grund liegt am Tage. Denn das Geschäfte ist an sich nicht unerlaubt, enthält an sich nichts, dem allgemeinen Beßten nachtheiliges. Die Gesetze wollen auch nicht, daß es gänzlich unterbleiben soll, ihre Absicht ist nur, allen Leichtsinn, Uebereilung, und ungebührliche Verleitung davon zu entfernen. Giebt es nun auf der einen Seite Geschäfte, wobei solches vorzüglich zu befürchten ist, Personen, welche sehr leicht dergleichen ausgesetzt sind; und erkennen wir eben hieraus einen gegründeten Anlaß des bürgerlichen Verbots: so lehrt dagegen auf der andern Seite die Erfahrung, daß die Beschaffenheit der Umstände, das wahre Verhältniß der Personen und ihrer Handlungen in einzelnen Vorfällen oft ganz anders ist, als der Gesetzgeber es im Allgemeinen zum Grunde legt. Die gehörige Beurtheilungskraft und Kenntniß in Rechtsgeschäften, welche er bei gewissen Personen der Regel nach vermißt, findet sich oft bei einzelnen Subjecten in ihrer ganzen Vollkommenheit. Da also die Absicht des bürgerlichen Verbots nur dahin geht, die aus jenen Ursachen zu befürchtenden Mißbräuche zu verhüten, so befreien sie gewiß denjenigen nicht

von aller Verbindlichkeit, welcher überzeugt ist, daß der von ihm getroffene Handel mit den Mängeln, welche die Gesetze der Regel nach dabei vermuthen, in der That nicht behaftet sei. Will er den Vorschriften des Naturrechts Gehör geben; so muß er sich schuldig finden, sein Versprechen zu erfüllen. Wie jedoch überhaupt das Dasein einer natürlichen Verbindlichkeit an sich von dem gerichtlichen Effecte derselben nicht abhangt, so ist es auch hier wiederum eine andere Frage, ob und in wie fern in solchen Fällen die dem Contrahenten für seine Person obliegende Verbindlichkeit gerichtlich wirksam sei, oder nicht? Wir dürfen, um hierauf richtig zu antworten, nur einen Grundsatz, wovon wir bereits oben Gebrauch gemacht haben, wieder in Erinnerung bringen: daß nemlich der bürgerliche Gesetzgeber nur auf das Ganze sein Augenmerk richten, die Personen und Sachen nur so nehmen könne, wie sie gemeiniglich sind, und daß der Richter hiernach bei Erklärung und Anwendung der Gesetze verfahren müsse. Eben diese Wahrheit wird uns auch sehr leicht davon überzeugen, daß die Gerichte verbunden sind, in den gedachten Fällen die Personen und Geschäfte nur so zu behandeln, wie sie der Gesetzgeber Einmal angesehen wissen will. Wenn daher das Gesetz gewisse Personen von allen oder einigen Rechtsgeschäften darum ausschließt, weil ein Man-

gel

gel der erforderlichen Freiheit des Willens und gehöriger Ueberlegung bei ihnen zu vermuthen ist, so behandelt die Justiz sämmtliche zu einer solchen Classe gehörenden Personen, vermöge ihrer gesetzlichen Unfähigkeit zum contrahiren, als solche, die aus dem Handel gar nicht verbunden sind, ohne die natürliche Verbindlichkeit einzelner Subjecte, als eine bloße Gewissenssache, vor ihr forum zu ziehen; weil ohnehin der Mensch nicht genug Einsichten besitzt, um das vor seinen Augen verborgene Gewissen seines Mitmenschen erforschen, und ein richtiges Urtheil darüber fällen zu können [1]). Die treffliche Bemerkung Mösers über den wichtigen Unterschied des wirklichen und förmlichen Rechts, kann auch hier zur Erläuterung dienen, wenn man sie auf die Fälle anwendet, da der Richter die vorkommenden Rechtssachen nach Eigenschaften und Folgen behandeln muß, welche die Gesetze im Allgemeinen voraussetzen, obschon der gegebene Fall an sich eine Ausnahme davon machen sollte [2]). Nur so viel haben die

1) Großing allgemeines Toleranz-System Seite 48. Man sehe auch Christian Garve Philosophische Anmerkungen zu Ciceros Büchern von den Pflichten Th. 1. S. 30.

2) „Was die Kirche, oder eine Versammlung erwählter „und berufener Bischöfe zuletzt für Wahrheit erklärt hat, „das ist förmliche Wahrheit für alle diejenigen, so zu „dieser Kirche gehören, und förmliches Recht ist für „frei-

die Gesetze selbst geordnet, daß die Grschäfte dieser Personen gewissermaßen durch nachherige Genehmigung

„streitende Partheien, was ein erwählter oder verord„neter Richter zuletzt dafür erkannt hat. In beiden „Fällen kann wirkliche Wahrheit und wirkliches Recht „zum Grunde liegen; in der That aber kommt es hier„auf nicht an; es thut im eigentlichen Verstande nichts „zur Sache, ob die Bischöfe oder die Richter geirret „haben; ihr letzter Ausspruch verwandelt **wirkliches** „Weiß in **förmliches** Schwarz, und umgekehrt. Denn „es ist hier ein Nothrecht für die menschliche Ruhe, „nach welchem nun einmal das förmliche Wahrheit, „förmliches Recht sein soll, was also dafür erklärt und „ausgesprochen worden. Der Mensch würde nimmer „aufhören zu zanken, jeder würde nach seinen eigenen „Begriffen handeln wollen, und die größte Verwirrung „daraus entstehen, wenn man sich nicht endlich weißlich „darüber einverstanden hätte, daß man dasjenige, was „also ausgesprochen ist, für förmliches Recht halten und „und befolgen wollte. Einem Jeden bleibt dabei seine „freie **Meinung** von dem wirklichen Rechte, wenn er „sich von dem förmlichen nicht überzeugen kann. Aber „man achtet darauf nicht. Sobald man aber diese „beiden Begriffe mit einander verwechselt, so erlaubt „man einem Jeden, dasjenige, was er für wirklich „Recht hält, auch in **Ausübung** zu bringen. Der „Fürst darf alsdenn einen Rath, der nach seiner Ueber„zeugung ein unredlicher Mann ist, ohne weitere Unter„suchung bestrafen. Der Richter kann jeden ersten „Spruch, wenn er seiner Meinung nach wirklich Recht „ist, sofort zur Vollstreckung bringen, ohne abzuwarten, „daß er die Kraft förmlichen Rechtens erreiche. Ein „Unternehmen, das die Weißheit Salomonis nicht ent„schuldigen kann; weil alle Weißheit nur zur wirklichen, „nicht zur förmlichen Wahrheit führt. **Der traurigste**

„Fall,

gung zur völligen Gültigkeit gelangen können, daß die geschehene Erfüllung, wenn der Schuldner wußte, daß er nicht zu belangen war, und doch bezahlte, nicht zurück gefordert werden darf, und daß endlich der Handel von denen nicht anzufechten ist, welche bei Eingehung desselben betrüglich zu Werke gegangen sind (§. 77.). In allen übrigen Fällen der ersten und dritten Classe hingegen, wo die Gesetze nicht zum Besten der contrahirenden Theile selbst, wegen einer zu vermuthenden Unbedachtsamkeit, Uebereilung, oder ungebührlichen Verleitung, sondern weil außerdem die gemeine Wolfahrt solches erfordert, diese oder jene Handlung verboten haben, bleibt es bei der Regel, daß auch keine natürliche Verbindlichkeit Statt findet, dergleichen Verträge zu erfüllen, wovon wir die Ursachen mehrmalen angeführt

„Fall, worinn sich oft ein Richter befindet, ist „dieser, wenn er das wirkliche Recht augenscheinlich erkennet, und es doch nicht zum förmlichen „machen kann; aber demungeachtet ist es besser, „daß ein einzelner Mann traure, als daß man „alles in Gefahr setze; und dieß würde geschehen, „wenn jeder Richter nach dem, was er für wirklich Recht erkennet, sogleich verfahren dürfte.“ Justus Möser von dem wichtigen Unterschiede des wirklichen und förmlichen Rechts; in den Westphälischen Beiträgen zum Nutzen und Vergnügen; 1780. Nr. 30, und in der Berlinischen Manathsschrift von Gedike und Biester 1783. Seite 506.

geführt haben [3]). Nur in den Fällen der dritten Classe (§. 67.) entstehet die Frage: Ob derjenige, von dem die versprochene Leistung selbst keinesweges gefordert werden kann, nicht wenigstens verbunden sei, den andern völlig zu entschädigen [4])? Man unterscheide, ob der Contrahent, welcher entschädigt sein will, mit Recht eine Unwissenheit des bürgerlichen Verbots vorschützen könne, oder nicht? Im letztern Fall hat er gar keinen Anspruch; im erstern hingegen ist er unstreitig befugt, das vergütet zu verlangen, was ihm durch den rückgängig gewordenen Handel entgehet [5]), es wäre denn, daß sein Mitcontra-

3) Stryck *in adnotat. ad Lauterbach.* Lib. XI. Tit. V. n. 14. beim Mollenbec. Thesaur. iur. ciuil. pag. 407., imgleichen Barbeyrac Traité du Jeu Liv. 3. Ch. 9. §. 15. 16. irren daher ungemein, wenn sie behaupten, daß die Glücksspiele, selbst wenn sie bürgerlich unerlaubt sind, dennoch immer eine natürliche Verbindlichkeit wirken. Man sehe dagegen Pufendorf I. N. et Gent. Lib 3 Cap. 7. §. 6.

4) In der ersten Classe kann diese Frage nicht füglich entstehen, wie der Augenschein ergiebt, wenn man die einzelnen Fälle durchgehet; in der zweiten kommt es nur darauf an, ob derjenige, den die Gesetze sonst nicht verbindlich halten, sich in dolo befindet, da dann der Handel selbst bei Kräften bleibt; in den Fällen der 3ten Classe hingegen muß oft, des doli ungeachtet, die Erfüllung selbst nachbleiben, z. B. wenn Grundstücke an Jemand verkauft sind, der sie nicht erwerben darf; und dann entsteht häufig die Frage, ob der Schade zu vergüten sei?

5) L. 27. C. de euict. L. 7. commun. utriusque iud.

Nichts

contrahent in einer gleichfalls untadelhaften Ignoranz der gesetzlichen Vorschrift sich befunden hätte. Nach Anleitung dieser Grundsätze ist nun unter andern die Frage: in wie fern den Frauenspersonen aus der Bürgschaft eine natürliche Verbindlichkeit obliege? sehr leicht zu bestimmen. Es hat Rechtsgelehrte gegeben, welche die Bürgschaft der Weiber selbst

Nichts kann daher dem gemeinen Besten angelegner sein, als daß alle mögliche Mittel angewandt werden, um die Gesetze denen, welche ihre Handlungen darnach einrichten sollen, gehörig bekannt zu machen. Siehe **Joseph Herr über die Bekanntmachung der Gesetze**, Freiburg 1783. Hier bei solchen Gesetzen, welche die natürliche Freiheit des Bürgers einschränken, natürlich erlaubte Handlungen verbieten oder nichtig erklären, ist diese Vorsorge noch nöthiger, welche wir aber in Deutschland, wo ein beträchtlicher Theil der Gesetze in einer fremden Sprache abgefaßt ist, noch sehr vermissen. Der unerfahrne Bürger, welcher bei jeder Gelegenheit in Gefahr ist, die gesetzmäßigen Erfordernisse zur Gültigkeit seiner Handlung zu vernachlässigen, der Gläubiger, welcher, unwissend des Rechts, einem filio familias Geld borgte, ein anderer, der durch den Vellejanischen Rathschluß um sein Capital geprellt wird, werden die Jurisprudenz als eine Heuchlerin verabscheuen, welche das Licht meidet, um desto sicherer schaden zu können. Man wende nicht ein, daß er die Sachverständigen hätte zu Rathe ziehen können. Denn wie oft tritt nicht der Fall ein, daß Zeit und Umstände solches nicht erlauben — daß ein solcher Rath mit zu vielen Kosten verknüpft ist — daß mancher Rathgeber aus Unwissenheit oder vorsätzlich einen falschen Rath mittheilt, — daß endlich die Priester der Gerechtigkeit in ihren Meinungen von einander abweichen, u. d. m.

selbst nach natürlichen Rechten unverbindlich gehalten haben [6]). Allein dieß ist auch so auffallend unrichtig, daß es gar keiner Widerlegung bedarf. Ob aber die Frauenspersonen, nachdem sie durch bürgerliche Gesetze von allen Intercessionen ausgeschlossen sind, nicht wenigstens immer noch natürlich verbunden bleiben, das zu erfüllen, wozu sie sich anheischig gemacht haben? darauf ist nach obigen Grundsätzen die Antwort diese: Da der Bewegungsgrund des positiven Gesetzes dahin geht, ungebührliche Verleitungen und übereilte Zusagen zu verhüten, so hat die Frauensperson, welche überzeugt ist, daß dergleichen bei der von ihr übernommenen Bürgschaft nicht obgewaltet habe, allerdings eine natürliche Verbindlichkeit auf sich, ihr Versprechen zu erfüllen; wenn gleich in bürgerlichen Gerichten, den Fall eines doli ausgenommen, keine Rücksicht darauf genommen wird. Eben so ist die Frage zu entscheiden, ob den Frauenspersonen, welche nach Vorschrift der Civilgesetze unter beständiger Vormundschaft stehen, eine natürliche Verbindlichkeit obliege, wenn sie ohne Zuziehung ihres Curators sich in Rechtsgeschäfte eingelassen haben? worüber man drei verschiedene Meinungen der Rechtsgelehrten antrifft. Einige halten dafür, daß in solchem Falle gar keine natürliche Verbindlichkeit vorhan-

6) Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. 28. §. 1.

vorhanden sei [7]). Andere behaupten, daß eine natürliche Verbindlichkeit in solchem Falle allerdings vorhanden sei; doch geben sie zu, daß keine Klage deshalb Statt finde, sondern daß die geleistete Zahlung sogar zurückgefordert werden könne [8]). Beide Meinungen sind mit einander zu vereinbaren, wenn man die erstere dahin erklärt, daß die Sache in Gerichten nicht anders behandelt werde, als ob gar keine Verbindlichkeit vorhanden wäre. Die dritte Meinung geht endlich dahin, daß nicht allein den Frauenspersonen unter gedachten Umständen eine natürliche Verbindlichkeit wirklich obliege, sondern diese auch selbst in bürgerlichen Gerichten dergestalt wirksam sei, daß, die alleinige Klage ausgenommen, alle übrigen Effecte einer Zwangspflicht Statt fänden [9]). Dieß ist im Allgemeinen betrachtet unrichtig, weil aus der gesetzlichen Anordnung dieser Curatel von selbst folgt, daß die Rechtsgeschäfte der

7) Berlich P. 2. Conclus. 17. n. 24. Tiraquell de legib. connub. IV. 14. Mevius ad ius Lubecense I. 10. 3.; welcher noch zwei ehrwürdige Gewährsmänner anführt Bartolum ad L. *quum lex* D. *de fideiussorib.* n. 6. und Baldum ad L. *quum quis* C. *de iur. et facti ignorant.* n. 9. Thomasius ad Huberi praelect. Inst. III. 14. 2. p. 280.

8) Carpzov P. 2. Const. 15. Def. 7. n. 9. Möller ad const. Saxon. P. 2. Const. 15. n. 60. Philippi usu pract. Instit. Lib. 3. Eclog. 60. n. 11.

9) Huber Praelect. ad Instit. III. 14. 2.

Frauensperſonen, ohne Zuziehung ihres Vormundes der Regel nach gar keinen rechtlichen Beſtand behaupten können. Es wird nicht undienlich ſein, von den bisherigen Grundſätzen auf zwei beſondere Gegenſtände noch eine nähere Anwendung zu machen, weil ſie vorzüglich zu einem weitläuftigen Streite unter den Rechtsgelehrten Anlaß gegeben haben.

§. 71.

Ueber die Controverſe der ältern und neuern Juriſten, wegen der natürlichen Verbindlichkeit der Pupillen.

Lange iſt unter den Rechtsgelehrten über die Frage geſtritten worden: Ob den Unmündigen, wenn ſie ſich ohne Vormund in Rechtsgeſchäfte einlaſſen, nicht wenigſtens eine natürliche Verbindlichkeit obliege? Schon die Römiſchen Juriſten waren hierüber ganz uneinig, wie die Stellen ergeben, welche aus ihren Schriften in den Pandekten aufbehalten ſind. **Neratius** und **Licinius Rufinus** verneinen die Frage ausdrücklich; Erſterer ſchreibt [1]): Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, soluerit, repetitio est, *quia nec natura debet;* und der leztere ſtimmt ihm bei: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, *ne quidem iure naturali* obligatur [2]). Grade das Gegentheil

1) L. 41. D. de condictione indeb.
2) L. 59. D. de O. et A.

theil lehrt **Ulpianus** in folgenden Worten: Qualiscunque obligatio sit, quae praecessit, nouari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut ciuiliter teneat, *aut naturaliter, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit* [3]), und mit ihm **Marcianus**: In numerationibus aliquando euenit, ut una numeratione *duae obligationes* tollantur. Veluti si pupillo, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit, legatum a creditore fuerit, sub ea conditione: si eam pecuniam numerauerit; in duas causas videri eum numerasse, *et in debitum suum* ut in falcidiam heredi imputetur, et conditionis gratia, ut legatum consequatur [4]). Auch **Paullus**, von dem wir in L. 43. D. de O. et A. den Satz lesen: pupillum sine tutoris auctoritate non obligari iure ciuili, findet kein Bedenken, in Rücksicht auf die natürliche Verbindlichkeit an einer andern Stelle das Gegentheil zu behaupten: Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutuo data sunt, legatum a creditore meruerit, sub hac conditione, si decem, quae acceperit, heredi reddiderit; una numeratione et implet conditionem, et liberatur *naturali obligatione;* adeo autem et *soluere* videtur, ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus erat,

3) L. 1. §. 1. D. de Nouat.
4) L. 44. D. de Solut.

mortuo, nil repetere possit [5]). So auch **Marcianus**: Si eius pupilli, cui sine tutoris auctoritate pecunia credita erat, restituta ex eo Senatuseonsulto mihi fuerit hereditas, *si soluam creditori, non repetam;* atqui heres, si post restitutionem soluat, repetet; *non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio translata* intelligitur [6]). Es ist eine vergebliche Mühe, welche verschiedene Ausleger von Zeit zu Zeit angewandt haben, diese Gesetze mit einander zu vereinigen [7]). Man

5) L. 21. D. ad L. Falcid.

6) L. 64. D. ad S. C. Trebell.

7) Cuiacius ad L. 25. §. 1. D. quando dies legat. vel fideicomm. ced. Lib. XVIII. Quaest. Papin. gesteht freimüthig: Sunt hac in re permultae leges, quae pugnant inuicem, et est summus omnium labor, in eis adducendis in concordiam; fuit mihi olim maximus; et diu in desperatione fui. Am Ende glaubt er die verschiedenen Gesetze glücklich zu vereinigen, wenn er die Stellen, welche dem Pupillen eine natürliche Verbindlichkeit auflegen, bloß von dem Falle erklärt, da der Pupill mit dem Schaden eines andern sich reicher befindet. **Cujaz** ist nicht der Erste, welcher diesen Ausweg gelehrt hat; schon **Martinus** bediente sich dessen, wie **Donell** anmerkt: Tradita haec distinctio a Martino, et repudiata iam olim a veteribus interpretibus, nostra aetate *refricatur a quibusdam* et pro certissima nobis obtruditur, sine alia probatione, ad L. 127. de V. O. p. m. 375. Andere Versuche, den Widerspruch der angeführten Gesetze zu heben, findet man beim *Tim.* Faber Dissert VIII. ad Inst. thes. XI. *J. O.* Westenberg Dissert. I. de caus. oblig. §. 14. *Hugo* Donellus l. c. und Lib.

Man wird keinen Ausweg befriedigend finden, sondern am Ende denen beitreten müssen, welche behaupten, daß die obige Frage unter den verschiedenen Secten der alten Juristen wirklich controvers gewesen sei [8]). Eben so wenig sind auch die neuern Juristen über diesen Punct mit einander einverstanden, indem einige die natürliche Verbindlichkeit des Pupillen gradezu behaupten [9]), andere hingegen solche durchaus verneinen [10]). Der Hauptfehler, dessen man sich auf beiden Seiten schuldig gemacht hat,

 besteht,

Lib. XII. Comment. iur. ciu. cap. 2. *Ulr.* Huber Lib. 3. Prael. ad Inst. Tit. 20. §. 2. *Georg* d'Arnaud Lib. 2. var. coniect. cap. 22. Den mehrsten Beifall scheint die Meinung gefunden zu haben, daß man einen Unterschied machen müsse, zwischen pupillis pubertati proximis, und infantiae proximis, dergestalt, daß jene durch Verträge sich naturaliter verpflichten könnten, diese aber nicht. Hoepfner elem. iur. ciuil. §. 734. wogegen aber Donellus ad L. 127. D. de V. O. wichtige Erinnerungen vorträgt.

8) *Chr.* Thomasius *ad Huberi* Prael. iur. ciu. Lib. 3. Instit. Tit. 21. §. 3. *Emund.* Merillius Lib. VII. Obseruat. iur. ciuil. Cap. V. *G.* Mascov de sectis veterum iuris cons. Cap. 9. pag. 192. *C. F.* Walch ad Eckhardi hermeneut. iur. pag. 300.

9) Schulting de naturali obligatione Cap. 10. imgleichen in seinen Thesib. controuers. iuxta seriem Digestorum Decad. VII. §. 8. Donell. ad L. 127. D. de V. O. Westenberg de caus. obl. Diss. 1. Cap. 4. §. 14. *Joach.* Hopp ad pr. I. de auctor. tut.

10) Cuiacius ad L. 127. D. de V. O. *Sam.* de Cocceii iur. controu. Lib. 2. Tit. 14. Quaest. 30. Huber Praelect. ad instit, Lib. 3. Tit. 20. §. 4.

besteht darin, daß man nicht vor allen Dingen den eigentlichen Begriff der natürlichen Verbindlichkeit, worauf es hier ankommt, genau bestimmt hat, um einer Logomachie zu entgehen, welche bei den verschiedenen Beziehungen, worin die Sache genommen werden kann, ganz unvermeidlich ist. Ist von der natürlichen Verbindlichkeit im weitesten Sinn die Rede, und soll die Sache bloß nach den Gesetzen der Vernunft, ohne Rücksicht auf bürgerliches Verhältniß, entschieden werden, so ist es ganz unleugbar, daß auch Unmündige sich allerdings verbindlich machen können. Die Gründe, welche von Andern bereits angemerkt worden, sind völlig überzeugend: „Die verschiedenen Abtheilungen des Menschenalters „und besonders die mancherlei Stufen der Unmündig„keit, sind eine bloße Erfindung positiver Gesetze. „Man kann also nicht so geradezu sagen, der Infans „kann nach natürlichen Rechten keinen Vertrag er„richten, und durch seine Handlung keine Verbind„lichkeit übernehmen. Wenn er die Einsicht davon „hat, und weiß, was er unternimmt, so finden wir „keinen Grund, dem Vertrag seine Gültigkeit nach „natürlichen Rechten abzusprechen. Hier läßt sich „überhaupt kein allgemeiner Maßstab annehmen, son„dern der Richter, welcher nichts von positiven Ge„setzen wußte, und alles nach dem Naturrechte ent„scheiden sollte, würde hier auf die individuellen Ver-

„standes-

„standeskräfte eines jeden Rücksicht zu nehmen ha„ben“ [11])—. Wenn wir uns aber den Unmündigen in einer bürgerlichen Societät gedenken, wo Personen seines Alters durch positive Gesetze von Eingehung der Rechtsgeschäfte ausgeschlossen sind, so gewinnet der Gegenstand, welchen wir zu untersuchen haben, eine ganz andere Gestalt. Läßt sich unter diesen Umständen, ohne Zustimmung des Vormundes eine natürliche Verbindlichkeit des Pupillen annehmen? Diese Frage ist schon etwas bestimmter, aber immer noch zu allgemein, als daß man sie geradezu entweder bejahen, oder verneinen könnte. Es giebt mancherlei Arten der Verbindlichkeiten; nicht auf alle paßt der Grund, weshalb die bürgerlichen Gesetze die vollkommene Verbindlichkeit des Pupillen von der Autorität seines Vormundes abhängig machen. Ist dieser Grund darin zu setzen, weil man dem unmündigen keine gehörig überlegte Willenserklärung zutrauet, so muß auch in allen den Fällen, wo die Verbindlich-

11) Neueste Juristische Litteratur, Erlangen 1778. 2ter Band, Seite 130. Eben so urtheilt Schulting de obligatione naturali Cap. 10.: Pupillos, ubi intellectus sunt capaces, mero naturali iure valide omni ex causa obligari liquet; etsi quoto id fiat anno naturalis ratio non determinet; siehe auch Grotius de iure belli et pacis II. XI. 5. Fr. Glafey Vernunft- und Völkerrecht, Seite 436.

keit nicht von der Einwilligung des Schuldners abhängt, der Pupill ohne Vormund vollkommen verbindlich werden können. Dieß ist es, was Paullus mit den Worten: Furiosus et pupillus, ubi *ex re* actio venit, obligantur [12]), bezeichnet; und doch konnten die Ausleger über den wahren Sinn dieser Stelle in einen Streit gerathen. Der Ausdruck, ex re, ward ihnen anstößig. Einige glauben, der Jurist habe darunter nichts anders, als das Delictum und den sogenannten Quasicontract verstanden [13]). Huber giebt das Erstere zwar zu [14]), weil es selbst in unsern Gesetzbüchern heißt: omnes ex delicto obligationes *ex re* nascuntur; allein das Zweite ist seiner Meinung nach unter diesen Worten nicht mit begriffen; denn, sagt er, der Pupill kann sich weder durch Antritt einer Erbschaft verbindlich machen, noch condictione indebiti belangt werden, ja es findet auch gegen den Pupillen die actio negotiorum gestorum directa eigentlich nicht Statt [15]). Genau erwogen, sind die Worte des **Paullus** weder von dem einen, noch von dem andern Falle ohne Unterschied anzunehmen. Denn was die sogenannten Quasicontracte anbetrifft, haben die Einwürfe

12) L. 46. D. de O. et A.
13) Hahn *ad Wesenbec.* lib. 3. Tit. 5. n. 3.
14) Huber Lib. 3. Prael. ad Inst. Tit. 20. §. 2.
15) §. 1. Inst. *de inutil. stipul.* L. 3. §. 4 D. de *negot. gest.* §. 1. I. *quib. mod. re contrahitur oblig.*

würfe **Hubers** einigen Grund [16]). Hingegen in Rücksicht auf die unerlaubten Handlungen ist zwar nicht zu leugnen, daß auch Unmündige durch Verbrechen sich verbindlich machen können [17]); aber auch der Wahnsinnige, der furiosus? Und doch sagt **Paullus**, *furiosus* et pupillus ubi ex re actio venit obligantur. Ich weiß es wol, daß ei-

16) In Ansehung der condictio indebiti könnte indessen noch ein Zweifel entstehen. Zwar heißt es im §. 1. Inst. *Quib. mod. re contrah. oblig.* ausdrücklich: Pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione. Allein da diese Klage ihrer Natur nach überhaupt nur wider denienigen mit glücklichem Erfolg angestellet werden kann, welcher sich durch die empfangene Nichtschuld reicher befindet, L. 3. und 65. §. 8. D. de cond. indeb., so scheint es, daß der Pupill, wenn solches bei ihm zutrifft, keinesweges von der Klage auszunehmen sei. Vielleicht ist die etwanige Schwierigkeit folgendergestalt gehoben. Wird die Nichtschuld von einem Großjährigen zurückgefordert, so darf der Kläger sein fundamentum agendi nur in der aus Irrthum geschehenen Zahlung gründen; und dem Beklagten liegt der Beweiß ob, daß er dadurch nicht locupletior geworden sei. Wird hingegen wider einen Pupillen geklagt, so macht ihn der bloße Empfang der Nichtschuld noch keinesweges verbindlich, sondern der Kläger muß selbst den Grund der Klage darin setzen, daß Beklagter sich durch das indebitum reicher befinde, und folglich tritt unter diesen Umständen eigentlicher die sogenannte condictio sine causa ein.

17) L. 13. §. 1. D. de dolo malo. L. 23. D. de furtis. L. 111. D. de Reg. iur. L. 4. C. auct. tutor. Coccei iur. controu. L. 2. Tit. 14. Qu. 30. 31.

nige Rechtsgelehrte behauptet haben, der Rasende könne zwar nicht bestraft [18]), jedoch die Vergütung des Schadens allerdings aus seinen Gütern gefordert werden [19]). Diese Meinung ist aber nicht allein dem Naturrechte [20]), sondern auch dem wahren Sinn

18) In Ansehung der Strafe ist die Sache ohnehin so evident, daß sie keines Beweises bedarf. Man sehe inzwischen L. 3. §. 1. de iniur. L. 12. ad L. cornel. de Sicar. L. 14. D. de off. Praesid.

19) Dieß behaupten Mencke ad Pand. Lib. 47. Tit. 1. §. 14. Schaumburg Compend. Digest L. 9. Tit. 1. §. 3. Schmidt Instit. iur. ciu. §. 423. Hommel Rhapsod. Quaest. Obs. 567. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit, S. 58. Das Gegentheil wird vertheidigt von Carpzov Quaest. crim. 143. n. 15. 16. Qu. 145. n. 21. Berger iurisprud. crim. p. 145. Leyser Spec. 532. Med. 1. 2. 3. u. a. m. von Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts, §. 38.

20) Zwar behauptet Thomasius Diss. Larua legis. Aquil. §. 9. Tom. 2. Dissert. Halae 1773. sequ. edit. pag. 851. imgleichen Griebner de incestis cum nouercae matre nuptiis coroll. 2, daß nach Vorschrift des Naturrechts die Vergütung des Schadens aus dem Vermögen des Rasenden geschehen müsse, weil nicht abzusehen sei, warum der Unsinn und die Raserei eines Menschen andern mehr als ihm selbst nachtheilig werden solle. Da aber die Gesetze der Vernunft zu einer jeden verbindlichen Handlung erfordern, daß sie ihrem Urheber zu imputiren sei, dieses aber bei rasenden und wahnsinnigen Leuten wegfällt, so ist der Schade, welchen sie anrichten, offenbar ein damnum casuale, weshalb derjenige, den es trifft, keine Vergütung fordern kann. Gundling erläutert die Sache durch folgendes

Sinn der bürgerlichen Gesetze offenbar entgegen [21]). Die richtige Erklärung der obigen Worte des **Paullus**

des Beispiel: „Es ist einer vom Gerüste auf einen „andern gefallen, welchem er den Arm entzwei gebro„chen. Dieser wollte den Schaden ersetzt haben; ein „närrisches petitum! Was kann einer dafür, der oben „von dem Gerüste fällt. Eben so einem Kinde, einem „furioso kann nichts imputirt werden, wenn sie Scha„den thun, weil kein intellectus distinctus vorhanden „ist; und da bei ihnen kein wahrer dolus oder culpa „statt findet, so kann man ihnen auch nichts abfordern. „Es ist ein casus. Casus autem est extra facien„tis factum; das factum ist nicht meine, und kann „mir also auch nicht imputirt werden; Fällt die Im„putation weg, so kann mich auch Niemand anhalten „ad damnum reparandum.“ **Discours über das Natur- und Völkerrecht**, Seite 139. und 142. Das ist deutlich; wenn man gleich hier und überhaupt von diesem Schriftsteller sagen kann: Est velut in rudi aedificio firmus sane paries et duraturus, sed non satis expolitus et splendens. TACITUS.

21) Man hat zwar aus den LL. 5. §. 2. und 33. §. 1. *D. ad L. Aquil.* das Gegentheil beweisen wollen, aber sehr unrichtig argumentirt. Der Schluß ist dieser: In L. 5. cit. heißt es, daß die Klage aus dem Aquilischen Gesetze hier nicht Statt finde; nun sagt **Paullus** in L. 33. §. 1. ausdrücklich: In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio; mithin muß dem Beschädigten diese Klage gestattet werden. Unmöglich können aber die Worte *Paulli* so viel andeuten, daß in **allen** Fällen, wo Lex aquilia nicht anwendlich ist, in factum geklagt werden dürfe; vielmehr versteht sich die Voraussetzung von selbst, daß der Beklagte einer Rechtswidrigen Handlung **schuldig** oder **theilhaftig** sei. §. ult. I. de L. Aquil. verb.; *qui obnoxius*

Paullus ist inzwischen mit gar keinen Schwierigkeiten verknüpft, wenn wir nur das, worauf der Jurist sein Hauptaugenmerk richtete, nicht außer Acht lassen. Ihm kam es nur darauf an, zu zeigen, in welchen Fällen der Pupill, und der Wahnsinnige ohne Vormund verbindlich werden können. Wenn er nun

noxius fuerit. Wie wenig das hier anwendlich sei, ergeben selbst die Worte des erstgedachten Gesetzes: L. 5. §. 2. cit. *Quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit?* Et hoc est verissimum, cessabit igitur aquil. actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, aut si tegula ceciderit. Ulpian gesteht hier selbst, daß ein bloßes damnum casuale vorhanden sei, und erklärt eben darum die Klage unzulässig. Die Vergleichung: quemadmodum si quadrupes damnum dederit, ändert die Sache nicht. Denn wenn gleich in diesem Falle nach besondern Vorschriften des positiven Rechts die actio noxalis eintritt, so folgt noch nicht, daß eben so auch zur Ersetzung des Schadens aus den Gütern des Kindes oder des Wahnsinnigen eine Klage zulässig sei. Dem Rechtsgelehrten Ulpian ist dieß um so weniger in den Sinn gekommen, da er dem erwähnten Beispiele: si quadrupes damnum dederit, zugleich ein anderes beifügt: *aut si tegula ceciderit*, wobei sicher gar keine Klage Statt findet. Kurz, da der Beschädigte vermöge des Naturrechts hier keine gegründete Forderungen hat, so sind bestimmte Verordnungen des positiven Rechts erforderlich, wenn er dazu befugt sein soll. Schon der Sachsenspiegel II. 65. und III. 3. und der Schwabenspiegel c. 148. enthalten dergleichen Vorschrift. Neuerer Zeit ist solches in dem Preuß. Gesetzbuche I. 6. 41. ꝛc. gleichfalls, jedoch in subsidium, und mit billigem Vorbehalte in Ansehung des Unterhalts und der Erziehungskosten geordnet worden.

nun dieses dahin bestimmet: ubi ex *re actio* venit etc.: so will er unstreitig nicht mehr und nicht weniger andeuten, als daß in solchen Fällen nur die vormundschaftliche Einwilligung nicht nöthig sei, daß aber die übrigen Erfordernisse einer Verbindlichkeit in Fällen dieser Art schlechterdings vorhanden sein müssen. In so fern nun diese auf den Wahnsinnigen oder Pupillen passen, in so fern findet auch allerdings eine Verbindlichkeit derselben Statt. Z. B. wenn Jemand zu ihrem Besten Ausgaben bestritten hat, wenn sie mit dem Schaden eines Andern reicher werden würden ꝛc. Dahingegen die Verbindlichkeit unstreitig wegfällt, wenn dasjenige, was sie wesentlich voraussetzt, bei ihnen keine Anwendung leidet. So z. B. erfordert zwar die aus Verbrechen entspringende Verbindlichkeit die Concurrenz des Vormundes nicht; aber sie setzt doch Moralität und Freiheit bei dem Urheber der Handlung voraus, weshalb der Wahnsinnige gar nicht, der Pupill aber nur, wenn er eines bösen Vorsatzes fähig war, daraus belangt werden kann. Dieß ist der natürlichste Aufschluß der gedachten Stelle. Die Hauptfrage von der natürlichen Verbindlichkeit kann also in Fällen, wo die Verbindlichkeit des Pupillen ex ipsa re entsteht, ebenfalls keine Schwierigkeit finden; und mithin ist die Untersuchung eigentlich auf diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Gültigkeit das

bürger-

bürgerliche Recht von der Einwilligung des Vormundes abhängig macht, zu beschränken. Sind diese Rechtsgeschäfte eines Pupillen ohne Zuziehung des Vormundes dergestalt unkräftig und nichtig, daß sie auch keine natürliche Verbindlichkeit hervorbringen? In dieser Fassung scheint die Frage von allen Seiten genau berichtigt zu sein; und doch sind auch hier noch folgende Bestimmungen erforderlich, um die Sache von aller Mißdeutung zu befreien. Ist von der natürlichen Verbindlichkeit in conscientia die Rede? oder beruhet die Frage darauf, ob selbst in Gerichten eine natürliche Verbindlichkeit des Pupillen angenommen werde? So viel das Erstere anbetrifft, ist die Sache nach den allgemeinen Grundsätzen, welche wir im vorigen §. vorgetragen haben, leicht ausgemacht. Da der Pupill zu den Personen gehört, welche das Civilrecht zu ihrem eigenen Besten, und in der Voraussetzung, daß ihnen die natürliche Fähigkeit zum contrahiren abgehe, von aller Verbindlichkeit loszählt, so beruhet das Dasein oder Nichtdasein der natürlichen Verbindlichkeit an sich (in conscientia) lediglich darauf, ob jener Mangel an Freiheit und gehöriger Ueberlegung welchen die Gesetze als Regel annehmen, in dem vorkommenden Falle gleichfalls zutreffe. Wer in seinem Gewissen vom Gegentheil überzeugt ist, der wird auch dem innern Richter seine Verbindlichkeit

nicht

nicht verleugnen können [22]), obgleich in foro externo keine Rücksicht darauf genommen wird. Giebt es aber auch Fälle, wo diese natürliche Verbindlichkeit selbst in Gerichten als wirksam anerkannt wird? Diese Frage ist den Rechten nach nicht anders, als mit Nein, zu beantworten, in so fern der ganze Handel von Seiten des Pupillen selbst, oder Seinentwegen vom Vormunde als ungültig angefochten wird, kurz, wenn es darauf ankommt, ob der Pupill schuldig sei den Handel gelten zu lassen? Die Gesetze gestatten nicht nur keine Klage wider den, der in seiner Unmündigkeit etwas versprochen hat, sondern sie erlauben ihm sogar, was er wirklich schon bezahlt hat, wieder zurück zu fordern [23]). Auf die vielleicht in manchem einzelnen Falle vorhandene Gewissenspflicht kann in Gerichten nicht gesehen werden. (§. 70.) Darf aber diese Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte auch von andern Personen außer dem Pupillen in Anrege gebracht, vielleicht gar zu seinem Nachtheile wider ihn oder wenigstens gegen einen Dritten, ebenfalls vorgeschützt werden?

Nach

22) Wiewol Gundling so ganz unrecht nicht hat, wenn er a. a. O. Seite 188. sagt: „Mit Pupillis, und „Minoribus, ist es gut, daß sie nicht allein contrahi„ren. Du magst sagen, was du willst; es ist allezeit „die Präsumtion, daß du sie willst betrügen."

23) §. 9. I. de inutil. stipul. L. 41. D. de condict. indeb.

Nach den allgemeinen Vorschriften des Naturrechts sind freilich Personen, denen der Gebrauch des Verstandes, mithin die Freiheit des Willens abgeht, auch vom Erwerb solcher Rechte und Zuständnisse, welche wir nur durch unsere Willenserklärung erlangen können, ausgeschlossen [24]). So wenig also der Unmündige bei wirklich fehlender Freiheit des Willens sich verbindlich machen kann, eben so wenig mag er sich auch unter diesen Umständen Rechte erwerben; und eben so wenig können Andere außer ihm an einen Handel gebunden sein, dessen Bestand eine freie Willenserklärung voraussetzt, der aber von Personen eingegangen ward, bei denen keine gehörige Willenserklärung Statt findet. Sollte also die Sache allein nur nach den Gesetzen der Vernunft beurtheilet werden, so würde auch hier gelten, was wir bereits in Ansehung der Verbindlichkeit des Pupillen angemerkt haben. Das positive Recht hingegen behandelt beide Gegenstände nicht durchgängig gleich. Die Gesetze haben keinen andern Zweck, als das eigene Beßte des Pupillen; nur um seinen Nachtheil zu verhüten, ist ihm der Vormund zum Führer und Leiter in rechtlichen Angelegenheiten beigeordnet, und alles, was er ohne dessen Zustimmung vornimmt, für nichtig erklärt worden.

24) Grotius *de iure belli ac pacis*, Lib. 2. cap. 11. §. 14.

worden. Dieser Beweggrund findet aber nicht Statt, wenn der Nutzen des Pupillen die Aufrechthaltung eines solchen Handels erheischt, oder wenn es darauf ankommt, ob andere Personen außer ihm das Geschäft als gültig anerkennen müssen? Um nun das Alter, in welchem der Mensch rechtliche Geschäfte gültig eingehen darf, zweckmäßig zu bestimmen, haben die Gesetze die Fähigkeit, **sich verbindlich zu machen**, möglichst weit hinausgesetzt, — hingegen bei der Fähigkeit, **Rechte zu erwerben und andere sich zu verbinden**, den frühesten Termin bestimmt, wo man nur irgend einige Begriffe bei dem Menschen erwarten kann, um den rechtlichen Handlungen desselben eine Wirksamkeit einzuräumen. So bald nämlich der Unmündige die Jahre der Kindheit zurückgelegt hat, sind die Geschäfte, welche man ohne Zuziehung des Vormundes mit ihm eingegangen ist, dergestalt gültig, daß von Seiner Seite auf die Erfüllung des Handels gedrungen werden kann, — daß mithin derjenige, welcher einem Unmündigen etwas versprochen hat, seine Zusage halten muß [25]), — daß der

25) §. 9. I. de inutil. stipulat. in den Worten: alium sibi obligare potest, wobei sich freilich von selbst versteht, daß der Pupill, wenn seiner Seits Rechte aus dem Handel behauptet werden, dagegen auch die Verbindlichkeiten anerkennen muß, welche das Geschäft mit sich bringt. Voet Comment. ad Pandect. XXVI. 8. 3.

Bürge, welcher wissentlich für den Pupillen gut gesagt, mit Recht in Anspruch genommen wird [26]), — daß der Gläubiger, welcher einen Pupillen zum Expromissor annimmt, seine Forderung gegen den Hauptschuldner nicht weiter anbringen kann, sondern der letztere völlig befreiet wird [27]), — daß derjenige,

26) Frommann de obligatione naturali §. 51.: Pupilli quantum ad ipsos nec naturaliter tenentur ex suis conuentionibus; dico: *quantum ad ipsos.* Nam quantum ad praeiudicium aliorum, ut nulla prohibitione ciuili opus fuit, sic valida manet ipsorum obligatio, quare recte et efficaciter quidem fideiussor eidem accedit. Durch diese Anmerkung glaubt er auch zugleich den Widerspruch zu heben, welchen man in Ansehung der natürlichen Verbindlichkeit des Pupillen in den Römischen Gesetzen antrifft. So lehrt auch *Hugo* Donellus ad L. 127. D. de V. O. p. 376.: Si a persona pupilli discesseris, omnibus aliis ea obligatio tam prodest re ipsa aut nocet, quam si alius quiuis fuerit iure obligatus; ingleichen Schulting *de obligatione naturali* Cap. 10. p. 27. Von der Verbindlichkeit des Bürgen werden wir unten in einem besondern Abschnitte ausführlicher zu handeln haben.

27) §. 3. I. *Quib. mod. toll. oblig.* Frommann cit. loc. wie auch Donell in den Worten: Prodest ea obligatio debitori, quem creditor liberare voluit nouatione, dum hic, quod sibi ab alio debetur, stipulatur a pupillo, nouandi animo. Liberatur enim debitor hac stipulatione non minus, quam si creditor ab alio quouis stipulatus esset; non alia de causa, quam quod ex ea stipulatione nata est obligatio vere naturalis, in quam prior transfusa nouationem peperit, ac sine eo nulla facta esset nouatio.

nige, welcher mit einem Unmündigen ohne Einwilligung des Vormundes contrahirt hatte, wenn er in der Folge des Unmündigen Erbe wird, und mit den Legatarien wegen des Falcidischen Viertels sich auszugleichen hat, seine ganze Forderung, mithin nicht bloß dasjenige, wodurch der Pupill locupletior geworden, in Anrechnung bringen kann [28]), — daß endlich die Schuld des Pupillen eine Novation zuläßt [29]); u. d. m. Bei Unmündigen hingegen, welche die Jahre der Kindheit noch nicht zurückgelegt haben, verhält alles dieses sich anders; das Kind kann weder sich, noch Andere gültig verbinden, noch Rechte erwerben [30]), wenn wir die Besitzergrei-

28) *L.* 95. §. 2. *D. de Solution.* Si creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei extitit, non, quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet. Neller *de obligatione naturali* §. 21.

29) L. 1. §. 1. D. *de Nouat.* Neller c. l. §. 16. not. x.: Nouare potest pupillus obligationem, quam abusiue contraxit, in nouam abusiuam, absque tutore. Nouare potest illam in ciuilem, *cum tutore* vel etiam absque hoc, si sui iuris factus est.

30) Die Regel: Pupillus alium sibi obligare potest, etiam sine tutoris auctoritate, §. 9. I. *de inutil. stipulat.* wird gleich darauf §. 10. ibid. dahin erläutert: Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, *qui iam habent aliquem intellectum.* Nam infans, et qui infantiae proximus est, non multum a furioso distant, quia huiusmodi aetatis pupilli nullum

fung einer ihm übergebenen Sache ausnehmen [31]): wovon aber Cocceji urtheil: quod ad ea pertineat, quae nudi facti sunt; non enim hic de *iure* quaeritur, sed de sola facultate rem tenendi cum animo sibi habendi, quae utraque requisita etiam penes infantem esse possunt [32]). Wir glauben also nunmehr die ganze Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit der Pupillen in folgenden Sätzen richtig zu bestimmen: I. Soll die Sache ohne Rücksicht auf bürgerliche Gesetze nur nach den Vorschriften des Naturrechts beurtheilet werden, so kann der Mensch in jedem Alter sich gültig verbinden, sobald er nur die gehörige Einsicht hat, und weiß, was er unternimmt. II. Wenn aber die bürgerlichen Gesetze keine Verbindlichkeit des Pupillen anerkennen, so erstreckt sich doch dieses nicht auf diejenigen Fälle, wo die Obliegenheit ex ipsa re, ohne des Schuldners Einwilligung entspringt. III. Wenn

nullum habent intellectum. Doch heißt es auch schon von denen, welche nur über die Kindheit hinaus sind: *Sed in proximis infantiae propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi.* Stryck cautel. contract. Sect. I. Cap. 2. Claproth *iurisprud. heurem.* §. 6. Ganz vorzüglich verdient Vinnius *Comment. ad Institut.* über diese Stelle nachgelesen zu werden.

31) L. 3. C. *de acquir. vel amitt. possess.*

32) Cocceii iur. controu. Lib. 2. Tit. 14. Qu. 30.

Wenn hingegen der Pupill sich in einen Handel eingelassen hat, dessen Gültigkeit nur von des Vormundes Einwilligung abhängt, so kann ihm zwar nach individuellen Umständen eine natürliche Verbindlichkeit in conscientia obliegen, worauf aber in Gerichten keine Rücksicht genommen wird, indem man hier den Pupillen als einen solchen behandelt, der sich zu nichts verpflichten konnte. IV. Wenn aber der eigene Nutzen des Pupillen die Aufrechthaltung solcher Geschäfte, welche er ohne Zuziehung seines Vormundes eingegangen ist, erheischet, wenn von Rechten, welche er dadurch erwerben kann, von Verbindlichkeiten, welche Andern außer ihm dadurch aufzulegen sind, die Rede ist, so behaupten die Rechtsgeschäfte des Pupillen, sobald er nur die Jahre der Kindheit zurückgelegt hat, ihren völligen Bestand.

§. 72.

Ueber die natürliche Verbindlichkeit des Minderjährigen, in Rücksicht auf die Vorschriften des Römischen Rechts.

Wenn schon Unmündige nach den Vorschriften des Naturrechts überhaupt sich allerdings verbindlich machen können, wenn es Fälle giebt, wo den Pupillen selbst ohne des Vormundes Einwilligung eine in bürgerlichen Gerichten völlig wirksame Ver-

bindlichkeit treffen kann, wenn die Rechtsgeschäfte desselben wenigstens in so fern immer gültig sind, als sein eigenes Interesse ihre Aufrechthaltung erfordert, oder von Verbindlichkeiten Anderer die Rede ist, so leidet dieses alles in Ansehung der Minderjährigen noch weniger Zweifel [1]). Ob aber außer diesen Fällen die Rechtsgeschäfte derselben ohne vormundschaftlichen Beistand, nach eben den Grundsätzen zu behandeln sind, welche nach Anleitung des vorigen §. bei den Unmündigen eintreten, mithin der Minderjährige, wenn er selbst in Anspruch genommen wird, wenigstens in bürgerlichen Gerichten [2]) als ein solcher behandelt werden muß, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit obliegt? ist eine Frage, über deren Entscheidung sich die Gelehrten gleichfalls noch sehr uneinig sind. Nach Römischen Rechten bekam der Minderjährige der Regel nach wider seinen Willen keinen Vormund, sondern nur

als-

1) Coccei iur. controu. L. 2. Tit. 14. Qu. 31. am Ende.

2) Was die Verbindlichkeit in conscientia anbetrifft, beziehen wir uns auf dasjenige, was wir bereits im Vorhergehenden vorgetragen haben. Sollte inzwischen der Minderjährige sich eines wirklichen doli schuldig gemacht, oder nach erlangter Großjährigkeit den Handel genehmigt haben, so darf er bekanntlich von den ihm sonst verliehenen Rechtswohlthaten nicht weiter Gebrauch machen. Voet tit. de minorib. §. 43. und 44.

alsdann, wenn er selbst darum anhielt [3]); war ihm aber Einmal ein Vormund beigeordnet, so stand es

3) Schulling *ad Ulpiani fragmenta* Tit. 12. not. 11. in iurispr. anteiust. Pag. 606. *Georg Conr.* Crusius Dissert. *ad Const. D. Marci de curator. Minor.* in Fellenberg. iurisprud. antiqua Tom. 2. Amaga Lib. 1. Obseru. Cap. 8. n. 15. und andere mehr behaupten zwar das Gegentheil. Diesen tritt auch bei der ungenannte Verfasser der Abhandlung: über die Fähigkeit der Minderjährigen sich verbindlich zu machen; in Hagemann und Günthers Archiv für die theoret. und prakt. Rechtsgelehrsamk. VI. 1. Daß es allerdings Fälle gab, in welchen der Minderjährige durchaus einen Curator haben mußte, zum Beispiele wenn er von seinem Tutor Rechnung abgelegt haben wollte, Zahlungen zu erheben, oder Processe zu führen hatte, daß ferner wol die mehrsten Minderjährigen durch diese besondere Vorschriften gleichsam indirecte genöthigt wurden, sich einen Curator zu erbitten, um der Verlegenheit abzuhelfen, welcher sie ohne ihn ausgesetzt waren, wird Niemand leugnen. Man sehe auch Höpfner theoret. prakt. Commentar. §. 227. Sobald es aber darauf ankommt, was man eigentlich der Regel nach als Gesetzlichen Grundsatz anzunehmen habe, so ist die Bestimmung §. 2. *J. de curatoribus:* inuiti adolescentes curatores non accipiunt, verglichen mit LL. 13. §. ult. D. de tutor. et curator. datis, 43. §. 3. D. de curator. und 3. C. de in integr. restit. völlig entscheidend. Cf. Vinnius ad §. 2. I. *de Curator.* Hetzer Diss. ad legem Laetoriam §. 12. vorzüglich Höpfner §. 225. und 226. und daselbst angeführte DD., die auch den Einwürfen begegnen, welche man aus einer ältern Verordnung *Marci Antonini* herzunehmen pflegt. Die Erklärung, welche Schulting und Cruse bei der angezogenen Stelle versuchen, daß nemlich

ihm nicht frei, denselben nach Gutbefinden wieder abzudanken, sondern er blieb bis zur erlangten Großjährigkeit unter Curatel [4]). Derjenige nun, welcher keinen Vormund hat, kann nach Römischen Gesetzen, seines minderjährigen Alters ungeachtet, der Regel nach über das Seinige frei disponiren, und durch rechtliche Handlungen sich sowol, als Andere gültig verbinden; nur wenn er eine nicht ganz unbeträchtliche Verletzung darthun kann, ist ihm das beneficium restitutionis gestattet [5]). Steht aber der Minderjährige Einmal unter Curatel, so kann er in Dingen, welche sein Vermögen betreffen, ohne Zustimmung des Vormundes sich keinesweges verbindlich machen, sondern die ganze Handlung ist nichtig. So ist die Sache wenigstens durch folgende Verordnung bestimmt: *Si curatorem habens* minor

nemlich kein anderer für den Minderjährigen einen Vormund, der ihm misfällig wäre, erbitten könne, daß aber der Minor schuldig sei, selbst um einen Vormund anzuhalten, folglich die Curatel doch immer nothwendig bleibe, ist sehr gezwungen, und dem Inhalte des Textes grade entgegen, weil derselbe im allgemeinen verordnet: inuiti adolescentes curatores *non accipiunt*.

4) Hoepfner §. 226.

5) So auch der Minderjährige, welcher mit Zuziehung des ihm beigeordneten Vormundes gehandelt hat, und dennoch laediret worden ist. Ausführlicher hievon, imgleichen von den Fällen, in welchen die Restitution dem Minderjährigen nicht zu Statten kommt, handelt Voet *Comment. ad Pand.* Lib. IV. Tit. IV. §. 43. sequ.

nor quinque et viginti annis, post pupillarem aetatem res vindidisti, hunc contractum seruari non oportet, quum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore curatore dato bonis interdictum est — Si vero *sine curatore constitutus* contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis [6]). Daß nun vermöge dieses Gesetzes dem Minderjährigen, welcher mit keinem Vormunde versehen ist, nicht nur eine natürliche, sondern auch, bei nicht erweißlicher Laesion, eine bürgerliche Verbindlichkeit obliege, daß, wozu er sich anheischig gemacht hat, zu erfüllen, ist eben so ausgemacht, als daß im Gegentheil der minor, dem ein Vormund zugeordnet ist, ohne des letztern Einwilligung sich nicht verbindlich machen könne, vielmehr in Gerichten so behandelt werde, als ob ihm auch keine natürliche Verbindlichkeit aus dem getroffenen Handel obliege; weshalb denn nicht allein keine Klage wider ihn Statt

6) L. 3. C. *de in integrum. restitut.* minor —. *Herm.* Vulteius Disceptat. iur. scholast. cap. 16. will den Ausdruck: *sine curatore constitutus* von einem Minderjährigen verstanden wissen, der zwar mit einem Vormunde versehen war, aber doch ohne dessen Zuziehung den Contract geschlossen hatte. Diese Erklärung ist freilich sehr gezwungen. Man wird aber übrigens den bekannten Scharfsinn dieses Rechtsgelahrten in der ganzen Untersuchung, die er über die Sache anstellt, nicht vermissen.

findet, sondern auch die etwa geschehene Erfüllung seines unverbindlichen Versprechens zurückgefordert werden kann. Da der unter Vormundschaft stehende Minderjährige dem gleich geschätzt wird, cui a Praetore, curatore dato, bonis *interdictum* est: so ist die Sache über alle Zweifel hinweg [7]). Dessen ungeachtet hat es von Zeit zu Zeit nicht an Rechtsgelehrten gefehlt, welche ohne Rücksicht auf den Unterschied zwischen Minderjährigen, die keinen Vormund haben, und solchen, welche damit versehen sind, behauptet haben, daß auch die Handlungen der letztern wegen fehlender vormundschaftlicher Einwilligung keinesweges ipso iure für null und nichtig zu achten wären. Man beruft sich auf eine andere Stelle in dem Römischen Gesetzbuche, welche so lautet: Puberes sine curatoribus *suis* possunt ex stipulatu obligari [8]). Andere, welche das Gegentheil

7) Argum. L. 6. D. *de Verb. Obl.* Is, cui bonis interdictum est, tradere non potest, vel promittendo obligari.

8) L. 101. *de Verb. Obl.* In L. 43. D. *de obligat. et act.* heißt es zwar auch: obligari potest Paterfamilias, sua potestate pubes, compos mentis. Allein da hier der Curatoren gar keine Erwähnung geschieht, so lassen sich die Worte schicklich von Minderjährigen, die keinen Curator haben, erklären. Unter mehrern Rechtsgelehrten, welche besonders vermöge cit. L. 101. de V. O. behaupten, daß die Rechtsgeschäfte eines Minderjährigen auch ohne den ihm beigeordneten Vormund nach

theil lehren, haben alle mögliche Hülfsmittel aufgeboten, um diese Stelle mit der eben angeführten Constitution: *si curatorem habens* etc. zu vereinbaren [9]). Auch die Kritik hat es versucht, durch Ver-

nach strengem Rechte immer gültig wären, und von denen daher L. 3. C. de in integr. restit. minor. bald diese, bald jene Deutung erhält, wird es genügen folgende anzuführen. *Hermann.* Vulteius in Discept. iur. scholast. l. c. *Zachar.* Huber Diss. *de obligatione puberum* ad L. 101. D. de Verb. oblig. Cap. 7. *Joh. Gottl.* Heineccius *in notis ad Vinn. comment. Inst. Lib. III. Tit.* 20. §. 9. *Joh. Guil.* Marckart interp. recept. iur. ciuil. lect. Lib. 1. Cap. 21. *Jos. Lud. Ern.* Püttmann Diss. *de Saluiano interdicto* Cap. V. not. m. imgleichen in seinen Probabil. Lib. 1. p. 149. Besonders hat man die angeführte Constitution dahin zu erklären gesucht, daß vermöge derselben der Minderjährige, welcher einen Curator hat, an sich zwar ohne denselben eben so gut, als derjenige, der mit keinem Vormunde versehen ist, sich verbindlich machen könne, daß aber in jenem Falle die Erfüllung während der Vormundschaft von dem Curator gehindert werden könne: *seruari non debet.* Dieß behauptet vorzüglich *Ulr.* Huber ad Pand. Tit. de minorib. n. 2. ad Inst. III. 20. n. 4. Neuerer Zeit hat diese Erklärung an dem Verfasser der schon erwähnten Abhandlung in Hagemann und Günthers Archiv VI. 1. einen geschickten Vertheidiger gefunden.

9) *Arnold.* Vinnius ad §. 9. I. de *inutil. stipulat.* Berger resolut. leg. obstant. Lib. 28. Tit. 1. Qu. 3. *Hugo* Donellus ad L. 101. D. de Verb. obl. *Sam. de* Cocceii iur. controu. Lib. 2. Tit. 14. Qu. 31. — Die verschiedenen Meinungen der Ausleger über den eigentlichen Sinn dieser beiden Gesetzstellen und die

Veränderung der Leseart die Sache zu berichtigen [10]). Im Grunde aber hat man sich diese wol schwieriger gemacht, als sie wirklich ist. Daß nach Anleitung der gedachten Constitution die Handlung eines unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen durchaus null und nichtig sei, wenn der Curator nicht eingewilliget hat, ergiebt der Augenschein, und ist zum Ueberfluß von Donell [11]) gegen alle nur erdenkliche Einwürfe in Gewißheit gesetzt. Da nun gedachte Verordnung in den Justinianischen Codex aufgenommen worden, so ist leicht zu erachten, daß sie durch andere Stellen in den Pandekten nicht umzustoßen sei. Dahin gehöret aber das zweite Gesetz, dessen Worte wir zuletzt angeführt haben; und folglich

danach zu bestimmende Verbindlichkeit der Minderjährigen, hat Höpfner im theoret. prakt. Commentar über die Institutionen §. 737. p. 249. der 6. Ausgabe näher angeführt, welchen ich also hiebei nachzusehen bitte.

10) Einige halten dafür, man müsse statt: possunt ex stipulatu *obligari*, lesen: *obligare;* andere sind noch dreister und schieben das Wörtgen *non* ein: Püberes sine curatoribus suis *non* possunt ex stipulatu obligari. Damit ist denn freilich die Sache gleich ins Reine gebracht. Man sehe hierüber *Gerard.* Noodt de pactis transaction. cap. 20. *Sim. van* Lieuven in additamentis ad notas Gothofredi ad L. 101. D. de Verb. oblig. Pagenstecher *de iure* ventris p. 4. vis. 1. §. 11. et in sicilim. Manip. 4. p. 40. apud Mollenbec. *thesaur. iur. ciuil.* p. 149.

11) ad L. 101. D. de Verb. obl. l. c.

folglich sind nur zwei Fälle möglich: Entweder diese Stelle enthält wirklich das Gegentheil von dem, was die kaiserliche Verordnung vorschreibt, oder nicht, sondern man kann beide in gewissem Betrachte als wahr und richtig annehmen. Ich halte das Letztere gar nicht unmöglich, finde vielmehr die Conjectur, daß beide Stellen nicht von einem und demselben Gegenstande handeln, wenigstens sehr wahrscheinlich. Denn bekanntlich ist der Minderjährige, vorzüglich nur in Rücksicht der Verwaltung seines Vermögens der Curatel unterworfen, wogegen er in rechtlichen Angelegenheiten, welche bloß seine Person angehen, für sich allein gültig handeln kann, auch nach gemeinen Rechten, wenn er sich verloben, oder eine Heirath schliessen will, keines Vormundes bedarf. Daß nun L. 3. C. de in integr. restitut. das Erstere nur zum Vorwurf habe, ist aus den Worten klar, indem darin von Sachen, welche der Curande verkauft hatte, die Rede ist. Wie wenn nun die den Auslegern so beschwerliche L. 101. de verb. Obl. solche Rechtsgeschäfte des Minderjährigen, welche eigentlich nur seine Person angehen, zum Gegenstand hätte? Die Worte selbst enthalten wenigstens nichts wider diese Vermuthung; weil der Jurist keinesweges erklärt, daß er von solchen Stipulationen, wodurch der Minderjährige über sein Vermögen disponiret, verstanden sein wolle. Gegentheils

druckt

druckt er sich wolbedächtlich nur dahin aus, daß es Fälle geben könne, wo der Minderjährige ohne seinen Curator sich verbindlich machen könnte. Er behauptet also nicht geradezu, daß der Minderjährige, wenn er auch ohne Vormund gehandelt hätte, dennoch durchgängig verbunden sei, sondern er sagt nur: Puberes sine curatoribus suis obligari *possunt*; was hindert uns also, dieses *possunt* von den Fällen zu erklären, von denen wir wissen, daß sie die Concurrenz des Vormundes nicht erfordern, da uns der ganze Zusammenhang, in welchem der Jurist jenes geschrieben hat, nicht aufbehalten worden ist, folglich das Gegentheil mit Gewißheit nicht erwiesen werden kann [12]). — Gesetzt aber, man wollte

12) So erklärt Voet comment. ad Pand. Lib. 4. Tit. 4. §. 52. die angezogenen Worte des Modestinus in L. 101 *de verb. obl.* Non, sagt er, quod semper et omni casu sine curatoribus obligarentur, sed quod aliquando casus dentur, *quibus obligari possint*, puta, si obligatio ex stipulatu non post se trahat rei familiaris diminutionem ad sui implementum, sed sola personalis facti praestatione contenta sit, quod in sponsalibus nuptiisque apparet ect. Mit diesen stimmt auch überein *Joh.* Robertus animaduers. iur. lib. 1. cap. 12. wiewol sein Gegner *Anton. Mercator* (*Jac. Cuiacius*) verschiedenes dawider einzuwenden versucht hat; in notis ad Robert. l. c. — Uebrigens versteht sich cit L. 101. natürlich nur von der nach strengem Recht Statt findenden Verbindlichkeit der Minderjährigen, mit Vorbehalt

wollte deſſen ungeachtet behaupten, daß nach Vorſchrift der Pandekten am angeführten Orte, die Geſchäfte eines Minderjährigen, welche ohne Einwilligung des ihm beigeordneten Vormundes geſchloſſen worden, in keinem Falle ipso iure für null und nichtig anzuſehen wären: ſo würde das angezogene Geſetz der Verordnung im Codex am Ende dennoch weichen müſſen, folglich die Meinung, welche mit der L. 3. C. de in integr. restitut. übereinſtimmet, auf alle Fälle den Vorzug verdienen [13]). So weit vom Römi-

behalt der ihnen zukommenden restitutio in integrum, vermöge deren ſie ſich auch gegen die Klage des Gläubigers ope exceptionis ſchützen können; die Inſcription des Geſetzes läßt allerdings vermuthen, daß Modeſtin gerade hievon gehandelt habe, da ſie deſſen Schrift de praescriptionibus, d. i. in de exceptionibus als Quelle des Fragments angiebt.

13) Dieß glaubt nun zwar **Donell**, am angeführten Orte, und diejenigen keinesweges, welche überhaupt dem Codex keinen Vorzug zugeſtehen. Franzk Prooem. Comment. ad Pand. n. 17. *G. A.* Struv. Syntagm. iur. ciuil. Exerc. 1. §. 26. Tom. 1. p. 60. *Em.* Merillius Prolegom. ad quinquag. decision. in opusc. P. 2. p. 1.: weil der Kaiſer **Juſtinian** die Pandekten als Geſetze, die von ihm ſelbſt herrührten, beſtätigt hat, und nach ſeiner Vorſchrift keine Disharmonie unter beiden Theilen ſeines Geſetzbuchs Statt finden ſoll. L. 2. C. *de vet. iure enucleando.* Ein anderes aber iſt es, wie die Sache nach der Abſicht des Kaiſers beſchaffen ſein ſollte; ein anders, ob ſie wirklich ſo beſchaffen ſei. Das letztere möchte man ſchwerlich bejahen können, weil es häufig mit der lucu-

lenta

Römischen Rechte. Ob aber nach Deutschen Gesetzen die Sache sich eben so verhalte? davon im folgenden Paragraph mit mehrerem.

§. 73.

Nach Deutschen Gesetzen und dem heutigen Gerichtsgebrauche.

Wenn sich auch nicht behaupten ließe, daß nach Deutschen Rechten aller Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen, zwischen Tutoren und Curatoren gänzlich wegfalle [1]), so ist doch so viel ausge-

lenta sacratissimarum constitutionum consonantia, worauf sich der Kaiser und sein Kanzler so vieles zu gute thun, sehr mißlich aussiehet. Und in solchem Falle bleibt doch sicher nichts weiter übrig, als nach der bekannten Regel: lex posterior derogat priori, den Vorzug zu bestimmen. *C. F.* Walch introd. in controu. iur. ciuil. Prolegom. Cap. I. §. 3.

1) *Aug.* Leyser de historia iuris tutelaris apud Germanos, Helmst. 1726. in seinen Medit. ad Pand. Spec. 327. *Joh. Pet. de* Ludwig Dissertationes de Different. iuris Romani et Germ. in tutelis, Halae 1712. und 1713. in opusc. miscell. Tom. 2. Lib. 4. Nro. 3. 4. 5. 6. Berger de hodierna tutorum et curatorum differentia in dessen Opusc. Nro. 4. Gaertner Dissert. iure germanico inter tutores et curatores non distingui, Lips. 1732. — Pufendorf Tom. 1. Obs. 8. behauptet zwar, daß die Deutschen eben so, wie die Römer, unter Pupillen und Minorennen distinguirt, und die letztern sich einen Curator wählen können, wenn sie gewollt hätten. Man sehe aber Kortholt Dissert. de differentiis iuris Roman.

ausgemacht, daß die Römische Distinction zwischen Minderjährigen, die mit einem Vormunde versehen sind, und solchen, die es nicht sind, in Deutschland nicht Statt findet [2]). Unsere Reichsgesetze verordnen, daß den Unmündigen sowol, als den Minderjährigen, ohne Ausnahme Vormünder beigeordnet werden sollen [3]). Wir haben also solche Minderjährige nicht, denen die freie Verwaltung ihres Vermögens zusteht, von deren Willkühr es abhängt, ob sie sich einen Curator erbitten wollen oder nicht, und die also im letztern Falle über das Ihrige rechts-

T gültig

Romani et Heilbronnens. in tutelis §. 20. sequ. *J. F. de* Meyer de eo, quod interest inter tutelam et curam aetatis, nec non inter impuberes et minores iure Romano et Germanico. Göttingae 1792. verglichen *J. C.* Brandenburg commentat. exponens differentias iuris Romani inter pupillos et minores, tutores ac curatores, nec non principia de applicatione earum hodierna. Hanoverae 1793. Beide letztern Schriften sind durch die Preißfrage der Juristenfacultät zu Göttingen veranlaßt worden. Die Facultät hat der ersten den Preiß, und der zweiten das Accessit zuerkannt.

2) Stryck U. M. Pandect. Lib. 26. T. 1. §. 7. Leyser Spec. 346. m. 2. Hellfeld' iurispr. forens. §. 1395. Struben rechtl. Bedenk. Th. 3. Num. III. p. 380.

3) R. P. O. v. 1548. §. 31. Daß den Pupillen und Minderjährigen jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollen.

gültig selbst disponiren könnten. Mithin finden auch die Vorschriften des Römischen Rechts in dieser Hinsicht bei uns keine Anwendung. Vielmehr gilt dasjenige, was das Römische Recht nur von solchen Minorennen ordnet, welche wirklich einen Vormund haben, bei uns von allen Minderjährigen ohne Unterschied, weil sie alle nach unsern Gesetzen unter Vormundschaft stehen sollen, und Niemandem vor erlangter Großjährigkeit die eigene Verwaltung seines Vermögens gestattet ist. Hieraus folgt, daß heutiges Tages alle Rechtsgeschäfte der Minderjährigen, ohne des Vormundes Einwilligung, durchaus null und nichtig sind, und daß ein jeder Minderjähriger in unsern Gerichten als ein solcher zu behandeln ist, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit aus seinem Versprechen obliegt; gesetzt auch, daß das letztere zu einer Zeit geschehen sein sollte, da er noch ohne Vormund war [4]).

§. 74.

4) Struben a. a. O. in den Worten: „Die Römer „erlaubten dem Minderjährigen die Veräußerung des „Seinigen nicht, wenn er einen Curatorem hatte; da „nun in Deutschland alle Minderjährigen solchen haben „müssen, so folgt daraus, daß keiner ohne Zuthun ei„nes Vormundes etwas veräußern dürfe. Diesemnach „entscheidet die gegenwärtige Frage Lauterbach *de „solut.* Th. X. sehr wol folgendergestalt: Nostris mo„ribus, quibus minores etiam inuiti curatores ac„cipere tenentur, distinctio inter minores, qui cu„ratorem habent, et non habent, non magnae utili„tatis

§. 74.

Von der Nichtigkeit solcher Handlungen, welche gegen gebietende oder verbietende Gesetze unternommen worden, und ob eine gültige Entsagung der letztern Statt finde.

Wenn die Gesetze eine Handlung verbieten, oder als durchaus nothwendig vorschreiben: so wird eben dadurch den Staatsbürgern die moralische Befugniß versagt, gegen die Bestimmung des Gesetzes zu handeln. Daher versteht sich die Nichtigkeit alles Dessen, was gegen dergleichen Anordnung unternommen wird, von selbst. Schon die gesunde Vernunft überzeugt uns hievon, weil die Gültigkeit

„tatis esse videtur, ita, ut hodie minores, licet „curatorem non habeant, nil tamen valide de rebus „suis alienare possint. Einige vermeinen zwar, es „folge nicht, daß, weil dem Minderjährigen wider seinen Willen ein Vormund zu bestellen ist, er ohne denselben sich nicht gültig verbinden könne; welches ihm „kein Reichsgesetz verbiete. Sibeth *de alienatione minorum valida et inualida*, §. 66.: allein es folgt allerdings das letztere aus dem erstern. Mit Vernunft „können bei uns die Römischen Gesetze, welche aus einem „Principio herfließen, das in Deutschland verworfen „ist, nicht eingeführt werden.“ Zwischen dem Römischen minor, der de iure ohne Vormund sein konnte, und unsern Minderjährigen, die es nur de facta sind, ist daher allerdings ein solcher Unterschied, daß L. 3. C. de in integrum restit. min. bei uns nicht angewandt werden kann. Man sehe auch Coccеii *iur. contron.* Lib. 2. Tit. 14. Qu. 31. in fine.

und rechtliche Wirkung der Rechtsgeschäfte vor allen Dingen voraussetzt, daß man sowol überhaupt, als auch in der Art und Weise wie geschehen, befugt war sie zu unternehmen [1]; und die deutlichsten Civilgesetze haben es zum Ueberfluß als Regel vorgeschrieben [2]. Die Anwendung kann also in den Fällen keinen Zweifel leiden, wo die Handlung Gesetzen zuwider ist, welche sie gar nicht, oder doch nur in einer bestimmten Form gestattet wissen wollen. Von Gesetzen, die ihrer Absicht nach nur in Ermangelung besonderer Privatdispositionen zur Richtschnur dienen sollen, und daher allerdings eine andere Bestimmung der Parteien zulassen, ist hier die Rede

1) Pufendorf I. N. et G. Lib. 3. Cap. 7. §. 6. am Ende. Unstreitig muß aber erst ausgemacht sein, daß der vorkommende Handel an sich oder wegen nicht gehörig beobachteter Form den gebietenden oder verbietenden Gesetzen wirklich zuwider sei. Hommel Rhapsod. Quaest. obs. 695. bemerkt sehr richtig: Formalia cambii, testamenti, aut alius scripture ab exteris regionibus nobis allatae conformia praesumuntur moribus et legibus populi illius a quo veniunt; nec audiendus, qui legalitatem sine ratione adducta neget, sed debet aliquid positiuum adferre, quod praesumtionem illam infringat.

2) L. 5. C. *de Legibus*, cap. 64. de *Regul. iur. in 6to.* *Joh. Car. Chr.* Crell de fructu et effectu negotii inutilis, nullius, et imperfecti, Vitemb. 1705. *Chr. Ferd.* Harprecht de effectibus actus nulliter gesti, Tub. 1750. *Joann. Steph.* Pütter Theoria generalis de nullitate, Goett. 1759.

Rede nicht. Was in Ansehung derselben Rechtens ist, wird in der Folge §. 80. ꝛc. mit Mehrern vorkommen. Mit jenen schlechterdings gebietenden, oder verbietenden Gesetzen läßt es sich aber ohne Widerspruch nicht verbinden, daß den Staatsbürgern erlaubt sein sollte, dem Gesetze nach Gutbefinden entgegen zu handeln. Die Freiheit, dem bürgerlichen Verbote zu entsagen, würde aber eine solche Befugniß mit sich führen, und folglich ist die zweite Regel, daß gegen verbietende oder schlechterdings gebietende Vorschriften der Gesetze keine Entsagung Statt finde, eben so klar, und über alle Zweifel hinweg, als die erstere [z]). Weil aber dennoch in einigen Fällen diese Regeln gewisser Maßen Ausnahmen finden, verbothene Rechtsgeschäfte nichts destoweniger aufrecht bleiben, auch hin und wieder eine Entsagung dagegen zugelassen wird, so hat dieses in manchen Systemen der natürlichen und bürgerlichen Jurisprudenz zu verkehrten und fehlerhaften Vorstellungen der Sache überhaupt Gelegenheit gegeben. Denn anstatt diese besondern Fälle für das, was sie wirklich sind, zu nehmen, und sie als nähere Bestimmungen, höchstens, als Ausnahmen, zu betrachten, gerieth man auf den Abweg, jene allgemeinen Sätze fast gänzlich außer

3) L. 7. §. 14. L. 38. D. de pactis. L. 7. C. Unde vi. L. 6. C. de pactis L. 15. D. de condit. institut.

Acht zu lassen, und dagegen aus den Merkmalen der besondern Fälle, wo die Gesetze von der Regel abweichen, wiederum allgemeine Vorschriften zu bilden, mithin dasjenige, was dem Gesetzgeber eigentlich nur bei gewissen Fällen zum Bewegungsgrunde gedient hatte, schon sofort als Regel für mehrere Fälle anzunehmen. **Grotius** und mit ihm verschiedene Rechtsgelehrte halten dafür, daß eine verbotene Handlung nur sodann auch zugleich als nichtig angesehen werden könnte, wenn das Gesetz dieses ausdrücklich verordnet hätte [4]). Was aber die Natur der Sache schon mit sich bringt, braucht nicht erst durch besondere gesetzliche Vorschriften angeordnet zu sein; und da ohnehin der Buchstabe unserer Civilgesetze selbst dieser Meinung gerade zuwider ist [5]), so ist sie unmöglich zu rechtfertigen. Andere lassen

4) *Aug. Wilh.* Meier comment. de nullitate sententiarum sanabili et insanabili, Goett. 1777. §. 5. Pütter theor. de nullitate §. 17. und 20. Voet Comm. ad Pandect. Tit. de LL. §. 16. dessen Meinung, nachdem er die Sache nach verschiedenen Verhältnissen untersuchet hat, am Ende dahin gehet, daß es wenigstens in Praxi so gehalten würde: ita demum contra leges gesta ipso iure infirma esse, si id lex nominatim expresserit.

5) Deutlicher und bestimmter kann keine Vorschrift sein, als die Verordnung in L. 5. C. de LL. welche dahin lautet: ad *omnes* etiam legum interpretationes trahi *genera-*

lassen zwar die Nichtigkeit der gesetzwidrigen Handlung als Regel gelten, aber sie fügen im Allgemeinen die Ausnahme hinzu, daß, wenn die Gesetze etwas bei Strafe verbieten, ohne zugleich die Handlung selbst für nichtig zu erklären, sodann zwar die Strafe gebüßt werden müsse, das verbotene Geschäfte selbst aber seinen ungehinderten Fortgang behalte [6]). Es ist gar kein Grund vorhanden, dieß zu behaupten. Vielmehr ist die Nichtigkeit der Handlung, als natürliche Folge des bürgerlichen Verbots, hier desto weniger zu bestreiten, da der Gesetzgeber durch Androhung der Strafe noch ernstlicher zu erkennen giebt, daß Niemand befugt sein soll, die Handlung zu unternehmen. Die Strafe, welche von Unternehmung des verbotenen Handels noch mehr zurück halten soll, kann also kein Mittel werden, sich die zur Gültigkeit des Geschäfts erfor-

generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, *prohibuisse* tantum sufficiat, caeteraque, quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere; hoc est, *ut non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est.* Ueber die Distinction inter leges perfectas et imperfectas, welche man in dieser Hinsicht bei den ältern Römischen Juristen antrifft, ist nachzusehen SCHULTING ad fragm. Ulpiani Tit. 1. §. 2. imgleichen VOET Tit. de LL. §. 16. auch BRUMMER *ad L. Cinciam C. 3. n. 2.*

6.) So urtheilt unter andern VINNIUS Select. Quaest. Cap. 1.

derliche moralische Befugniß beizulegen. Wenn in einigen Fällen das Gegentheil zutrifft, so ist nach Anleitung der besondern Beschaffenheit derselben der Grund davon zu erforschen, woraus sich bald ergeben wird, daß in andern Fällen keinesweges eben dasselbe zu behaupten sei. Wenn eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs sich anderweitig verheirathet, so wird zwar die gesetzliche Strafe verwirkt, jedoch die obgleich verbotene Ehe selbst nicht annullirt [7]). Der Grund ist leicht einzusehen; weil die zweite Verheirathung an sich und überhaupt den Gesetzen nicht zuwider ist, sondern das Verbot sich nur auf eine gewisse Zeit beschränkt, folglich eine gänzliche Aufhebung der Ehe theils über die wahre Absicht des Gesetzgebers hinausgehen, theils mit noch schädlichern Folgen verknüpft sein würde, als diejenigen sind, welche das Verbot der zu frühen Heirath verhüten soll, ohne einmal die letztere selbst, nachdem die Ehe bereits vollzogen worden, verhindern zu können. Eben der Umstand, daß der Fortgang eines verbotenen Geschäftes an sich weniger nachtheilig und verwerflich sein kann, als die anfängliche Eingehung desselben, ferner, daß die Aufhebung des verbotenen

7) Vinnius l. c. Ueberhaupt verdienen über diesen Gegenstand nachgelesen zu werden: *C. F.* Walch introduct. in controu. iur. edit. 3. p. 65. §. 32. *I. L. C.* Püttmann interpret. iur. ciuil. C. 33. imgleichen L. 1. *aduersar.* iur. uniu. pag. 159. sequ.

botenen Handels überwiegende schädliche Folgen veranlassen würde, enthält die Ursache, warum die zwar verbotenen aber doch Dispensationsfähigen Ehen unter Anverwandten [8]), imgleichen nach verschiedenen Gesetzen, die ohne Einwilligung der Eltern wirklich vollzogenen Heirathen nicht wieder getrennt werden [9]). Wie wenig also dasjenige, was

8) Hellfeld iurispr. forens. §. 1218.

9) Nach dem natürlichen Zwangsrecht ist die Einwilligung der Eltern keinesweges so nothwendig, daß ohne dieselbe die Heirath der Kinder ungültig und nichtig werden sollte. Leyser Spec. 291. m. 1. 2. 3. Die Römischen Gesetze erkennen hiebei kein anderes Principium, als die väterliche Gewalt —. Cuiacius L. III. Obseru. Cap. 4. Hottomannus quaest. illust. Cap. 9. *Anton. Guil.* Costanus in tr. de matrimonio p. 186. und Lib. 2. quaest. iur. ciuil. cap. 12. halten indeß die Ehe, wenn sie ohne des Vaters Einwilligung einmal vollzogen worden, nicht für nichtig. Die übrigen Civilisten behaupten fast insgesamt das Gegentheil. *Ulr.* Huber Lib. 1. Digress. Cap. 15. *Christ.* Thomasius de validitate coniugii inuitis parentibus contracti §. 16. *Joh. Pet. de* Ludwig different. iur. Romani et Germ. in connubiali imperio, consensuque parent. Halae 1721. und *Georg. Ludou.* Böhmer elect. iur. ciuil. p. 664. Die Meinung der letztern verdient offenbar den Vorzug; und *C. F.* Walch Controuers, iur. ciuil. edit. 3. pag. 49. §. 12. unterstützt solche mit Gründen, welche unwiderleglich sind. Die Worte des *Jul.* Paullus *Recept. Sentent.* Lib. 2. Tit. 19. §. 2.: Eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur; *sed contracta non soluuntur,*

hier nach besondern Verhältnissen eintritt, für alle übrigen Fälle, wo die Gesetze etwas bei Strafe ver-

untur, sind unstreitig durch den ANIANUS und Consorten verfälscht, wie es leider mehrern Stellen in den Schriften der ältern Rechtsgelehrten, welche jenen Barbaren in die Hände gerathen sind, wiederfahren ist. ECKHARD hermeneut. iuris §. 263. und 64. Eben der Paullus sagt an einer andern Stelle L. 11. D. de *statu hominum:* Eum, qui viuente patre, et ignorante de conjunctione filiae conceptus est, licet post mortem aui natus sit, *iustum filium ei ex quo conceptus est*, non videri; und wiederum L. 2. D. *de ritu. nupt.:* Nuptiae *consistere non possunt*, nisi consentiunt omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt; genug, um uns von der Verfälschung jener Stelle zu überzeugen. Die Conjecturen, wodurch SCHULTING in not. ad Paull. rec. sent. c. l. iurispr. Anteiust. p. 300. imgleichen *Em.* MERILLIUS ad pr. Inst. de nupt. *Arn.* VINNIUS Comm. ad. §. 12. Inst. ib. *Jac.* GOTHOFREDUS ad L. 1. Cod. Theod. de rap. virg. ohne Aenderung der Lesart die Sache berichtigen wollen, sind bald zu willkührlich, bald zu gezwungen, als daß sie völlig befriedigen könnten —. So viel vom Römischen Rechte. Vermöge Cap. 3. X. Qui matr. accus. poss. und Can. 1. Caus 30. Qu. 5. wollen einige die fortdaurende Nichtigkeit der Ehe ohne der Eltern Einwilligung gleichfalls behaupten, wiewol andere aus Can. 2. caus. 27. Quaest. 2. Can. ult. caus. 32. Quaest. 2. und Cap. 6. X. de raptor. das Gegentheil herleiten. LEYSER Spec. 291 Med. 2. Die heiligen Väter auf der Kirchenversammlung zu Trident entschieden den Zwist zum Vortheile der letztern Meinung so kräftig, daß sie ihr Anathema wider die Vertheidiger der erstern aussprachen. Sess. 24. Decret. de Reformat. matrim. Cap. 1. Ob nun gleich in protestantischen

Landen

verbieten, als Regel gelten könne, wird ohne weitere Erinnerung einem Jeden von selbst einleuchten. Uebrigens ist auch die bekannte Regel: utile per inutile non vitiatur, hier nicht außer Acht zu lassen, wenn die Vorschrift des Gesetzes eigentlich nur diese oder jene Modification der Handlung, imgleichen gewisse Arten der Nebenverträge untersagt, oder die Gültigkeit eines Geschäftes auf gewisse Quantitäten eingeschränkt haben sollte; da denn nicht der ganze Handel, sondern nur in so fern, als dabei den Gesetzen zuwider gehandelt worden, für nichtig zu achten ist[10]). Endlich wird von verschiedenen die Regel aufgestellt, daß den verbietenden Gesetzen, welche vorzüglich nur das Interesse gewisser Personen zum Grunde haben, von den letztern gültig

Landen das Anathema der heiligen Synode nicht sonderlich geachtet wird, so gilt doch auch bei uns der Grundsatz, daß gedachte Ehen, wenn sie einmal vollzogen worden sind, ihren Fortgang behalten; es wäre denn durch besondere Landesgesetze oder Statuten ein anderes vorgeschrieben.

10) L. 1. §. 5. D. de. V. O. cap. 37. *de Regul. iur.* in 6to. L. 29. D. *de usuris*, verb.: quod illicite adiectum est, pro non adiecto haberi, et licitas peti posse. L. 34. pr. *C. de donat.* verb.: hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere. L. 36. §. 3. C. ibid. Vinnius selectar. quaest. Lib. 1. cap. 1. Averanius interpretat. iur. Lib. 2. cap. 3. n. 11. 8. 12. Glück Erläuter. der Pandekt. §. 14.

tig entsagt werden könne[11]); man fügt aber so viele Einschränkungen hinzu, daß schon dadurch diese Regel ein mißliches Ansehen erhält; z. B. wenn von solchen verbietenden Gesetzen, welche zugleich mit die gemeine Wohlfahrt zum Vorwurfe haben, von Personen, welche wegen ihres Alters, Geschlechts ꝛc. nichts zu ihrem Nachtheile vornehmen können, von Rechten, wobei zugleich das Interesse eines Dritten obwaltet, die Rede ist; woraus denn am Ende nichts weiter erhellet, als daß man den sichersten Weg erwählt, wenn man die Zulässigkeit der Entsagung der Regel nach verneinet, und nur in so fern Ausnahmen davon anerkennet, als die Rechte selbst solche in einzelnen Fällen bestätigt haben. So zum Beispiele kann eine Frauensperson nach Justinianischen Rechten in gewissen Fällen dem Senatusconsulto velleiano gültig entsagen[12]), wiewol die in Praxi angenommene Meinung, daß die erwähnte Entsagung durchgängig zu Recht bestehe[13]), dem wah-

11) Hommel Rhaps. Quaest. Obseru. 273. Hartleben Medit. ad Pandect. Spec. 8. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. 1. Seite 34. und folg.

12) Nou. 94. Cap. 2. Nou. 118. Cap. 5.

13) Gail Lib. 2. Obs. 77. Leyser Med. ad Pandect. Spec. 170. Hellfeld Comment. de intercessionibus mulierum et Senat. Cons. Vell. §. 42. *C. F.* Walch de femina mutuum contrahente, beneficiorum muliebrium experte, Jenae 1778. pag. 2. n. c. *Sim.*

wahren Sinne und der Analogie der Römischen Gesetze keinesweges angemessen ist [14]).

§. 75.

Sim. Henr. Musaei Diss. de intercessionib. feminar. nobil. Slesuicens. et Holsat. Kil. 1708. *A. Frid.* Trendelenburg Diss. de intercessione feminarum secundum iura Slesuicensia et Holsatica, Kil. 1776.

14) *Anton.* Schulting ad Paulli recept. sentent. Lib. II. Tit. XI. n. 3. Averanius Lib. 2. Interpret. iur. ciuil. Cap. 5. *Andr.* Rauchbar Quaest. 32. n. 5. *Sim. Henr.* Musaeus Diss. cit. §. 15. Hellfeld comment. de intercess. mulier. et S. C. Vell. §. 5. und andere behaupten mit Recht, daß nach Römischen Gesetzen und deren Analogie die Entsagung des S. C. Velleiani der Regel nach ungültig sei; obgleich Böhmer in Diss. de efficaci mulierum intercess. Cap. 2. §. 15. seq. Tom. III. Exercit. ad Pandect. p. 383. seq. und *Gottfr. Lud.* Mencken Diss. de valida intercessione mulieris S. C. Velleiano renunciantis und mehrere das Gegentheil vertheidigen. Ohne die beiderseitigen Argumente hier anzuführen, welches überflüssig sein würde, will ich nur dieß einzige zu überlegen anheim geben, ob die Gültigkeit der Entsagung mit einem Gesetze bestehen könne, welches den Frauenspersonen die rechtliche Befugniß, sich zu verbürgen, versagt, und sie als solche, die keine fremde Verbindlichkeit übernehmen können, behandelt wissen will. L. 32. D. und L. 21. C. de S. C. V., welche man gewöhnlich anzuführen pflegt, um die Zulässigkeit der Entsagung zu vertheidigen, hat Hellfeld am angeführten Orte so gründlich erklärt, daß es nicht leicht Jemandem einfallen wird, sie zur Bestärkung der gegenseitigen Meinung weiter anzuführen. Ein Argument, worauf man sich am mehrsten zu verlassen scheint, ist gerade am wenigsten zutreffend. Man räisonnirt so: die Gesetze verordnen, daß die Frauensperson allerdings als Bürgin haften

solle

§. 75.

Ob und in wie fern dasjenige, was zur Erfüllung verbotener Rechtsgeschäfte gegeben, oder bezahlt worden ist, wieder zurück gefordert werden könne? Zweifel gegen die Richtigkeit der gemeinen Lehre.

Die Rechtsgelehrten pflegen diese Frage bei Gelegenheit der condictio indebiti abzuhandeln; da denn

solle, welche wußte, daß ihre Intercession unkräftig sei, und sich doch verbürgte. L. 30. D. ad S. C. Vell. Wenn sie also, mit dem Inhalte des Gesetzes bekannt gemacht, dem letztern entsagt: so verbürgt sie sich ja wissentlich, und ist daher gehalten, ihr Versprechen zu erfüllen —. Man bedenkt aber nicht, daß jene Verordnung eigentlich nur von dem Falle redet, wenn die Frauensperson in der Absicht, den Gläubiger zu hintergehen, sich bei ihm verbürgte, da es ihr bekannt war, daß sie sich in der Folge durch die Einrede des Vellejanischen Rathschlusses würde schützen können. Diese betrügliche Absicht soll ihr nicht gelingen. Daß dieß der wahre Sinn des angeführten Gesetzes sei, erhellet aus den Worten desselben deutlich: Si decipiendi animo vel quum sciret, se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei Senatusconsulti non datur, actionem enim, *quae in dolum mulieris* competit, amplissimus ordo non excludit. Man setze z. B. einen der Rechte unkundigen Gläubiger, welcher auf diese Art von einer verschlagenen Weibsperson hintergangen wird, so wäre von diesem Gesetze allerdings Gebrauch zu machen. Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn diejenigen, denen darum zu thun ist, die Frauensperson zur Intercession zu bereden,

denn folgende Sprache in ihren Systemen und Lehrbüchern fast herrschend geworden ist: Repetitio soluti locum habet, si obligatio naturalis a iure ciuili reprobata sit; tunc enim illa effectum iuris ad impediendum condictionem habere nequit. Sic mulier recte condicit, quae ex intercessione soluit. Idem locum habet ratione eius, quod indo perditum est [1]). Also in der Regel ist derjenige, welcher einen bürgerlich verbotenen Vertrag erfüllt hat, berechtigt, das Gegebene, oder Bezahlte zurückzufordern

bereden, unter dem Vorwande dieses Gesetzes die Einleitung treffen, daß der Gläubiger durch Entsagung des S. C. U. begünstigt werde. Hier fehlt so viel, daß man jener einen dolum vorwerfen könne, daß vielmehr ein anderes Gesetz zur Anwendung kommen muß. Ea, quae in fraudem Senatusconsulti excogitata probari possunt, rata haberi non oportere, schreibt eben der Jurist, in L. 29. §. 1. D. ad S. C. V., aus dessen Schriften L. 30. ibid. genommen ist, und folglich ist in diesem Falle die Entsagung eben so unkräftig, als die Bürgschaft selbst, weil in beider Rücksicht einerlei Grund obwaltet. Nam per eiusmodi renunciationes nullo vel leui negotio eluditur Senatusconsultum, quoniam, *qua leuitate mulier intercedit, eadem renunciabit.* Neutrubi praesens damnum est, ergo quae ut intercedat, etiam ut renunciet, sibi persuaderi patietur. Hering de fideiussor. Cap. 7. n. 469. Wesenbec. Parat. Dig. Tit. ad S. C. V. n. 9. Zanger de except. P. 3. c. 11. n. 151. Leyser Spec. 260. Med. 1.

1) Stryck V. M. Pandect. L. 12. Tit. 6. §. 6. Hellfeld iurispr. forens. §. 830. und fast die mehrsten eben so.

dern —. Nimmt man sich aber die Mühe, diesen Satz etwas genauer zu prüfen, so findet man bald, daß er, als Regel angenommen, mit andern Vorschriften des bürgerlichen Rechts in Widerspruch stehe, mit vielen Schwierigkeiten in der Anwendung verknüpft, und daß überhaupt die ganze Theorie höchst schwankend und unzuverlässig sei. Sie ist inzwischen so tief in den Lehrbüchern eingewurzelt, daß man seiner Sache ziemlich gewiß sein muß, wenn man die gemeine Lehre nicht vergeblich zu bestreiten gedenkt [2]). Ich wage es aber dennoch mit völliger Ueberzeugung, folgende Erinnerungen dagegen vorzutragen. Finden sie Beifall, so glaube ich auch danächst den Grundsätzen, welche meiner Meinung nach die Sache richtiger darstellen, eine gute Aufnahme versprechen zu können. Das erste, was mir in der gewöhnlichen Theorie verwerflich scheint, ist, daß man die Zurückforderung des zur Erfüllung verbotener Verträge Gegebenen oder Bezahlten nicht

2) Wenn **Lessing** irgendwo anmerkt, daß Uebung und Stetigkeit sogar mit der Zeit die Grundsätze berichtigen, weil es unmöglich sei, daß ein Mensch lange nach Grundsätzen handle, ohne es wahrzunehmen, daß sie falsch sind, so mag dieses hin und wieder seine gute Richtigkeit haben. Wer viel rechnet, wird bald merken, ob ihm ein richtiges Einmaleins beiwohne oder nicht. Wer inzwischen gemeine Irrthümer anfechten will, dem möchte ich eben nicht rathen, daß er sich von dieser Erfahrung vielen Beistand verspreche, um desto eher Eingang zu finden —.

nicht sorgfältig genug von der eigentlichen condictione indebiti unterscheidet. Diese kann Statt finden, und sie findet hier auch wirklich Statt, so, daß der Beklagte seine aus verbotenen Verträgen herrührende Forderung dagegen vergeblich in Anrege bringen würde; aber darum läßt sich dennoch die Regel nicht aufstellen, daß die **zur Erfüllung eines verbotenen Geschäfts** erfolgte Zahlung durchgängig wieder zurückgefordert werden könne. Man darf nur auf den eigentlichen Grund der condict. indeb zurückgehen, um diese unsere Anmerkung gar nicht befremdend zu finden. Die gedachte Klage, welche eigentlich eine aus Irrthum geschehene Bezahlung voraussetzt, findet bekanntlich nach Vorschrift der Gesetze in dem Falle nicht Statt, wenn zwar die Zahlung aus einem Irrthum geschah, allein der Empfänger doch vermöge einer natürlichen, wiewol bürgerlich nicht klagbaren Verbindlichkeit, womit ihm der Bezahlende verhaftet war, das Recht hatte, das Gegebene ganz oder zum Theil einzubehalten [3]). Dergleichen Recht

3) Wenn daher die condictio indebiti auch dem versagt wird, welcher als filius familias ex mutuo schuldig war, so sollte bei der Erläuterung dieser Verordnung nie ausgelassen werden, daß, wenn auch die Zahlung aus Irrthum, und nicht in der Absicht, um das empfangene Darlehn zu erstatten, geschehen wäre, dennoch die Zurückforderung in so fern wegfalle, als die bezahlte Summe

kann sich nun der Empfänger aus einem verbotenen Handel an sich nicht beilegen, weil daraus gar keine natürliche Verbindlichkeit entspringt, oder doch wenigstens in bürgerlichen Gerichten die Sache so angesehen und behandelt wird. Daher also der Grundsatz, daß eine aus verbotenen Verträgen behauptete Verbindlichkeit, oder, wie man sich lieber ausdruckt, obligatio naturalis reprobata, die eigentliche *condictio indebiti* nicht hindern könne. Das ist, wenn eine Zahlung aus Irrthum geschehen ist, so geben jene Verträge dem Empfänger kein Recht, das Bezahlte zurückzuhalten [4]). Wie aber, wenn bei der Bezahlung gar kein Irrthum obgewaltet hat; wenn sie wirklich in der Absicht geschah, um einen

Summe das mutuum nicht übersteigt. Denn hätte der filius familias gar wissentlich und selbst zur Tilgung des Darlehns bezahlt, so würde die Sache ohnehin zur condict. indebit. gar nicht gehören. Nur um diese Klage zu entfernen, und eine aus Irrthum geschehene Zahlung der Zurückforderung zu entziehen, hat man sich auf die natürliche Verbindlichkeit das filii familias zu berufen; wer mir freiwillig zahlt, ohne mein Schuldener zu sein, dem habe ich auch nicht weiter nöthig, eine natürliche Verbindlichkeit entgegen zu stellen.

4) L. 54. D. de cond. indeb.: Ex his omnibus, quae iure non valuerunt vel non habuerunt effectum, secuta *per errorem* solutione condictioni locus erit. z. B. Der Erblasser hatte an Jemand eine Verschreibung ausgestellt, und der Erbe bezahlt die darin versprochene Summe, weil er glaubt, daß sie angeliehen sei, wirklich aber enthält sie eine verbotene Spielschuld.

einen verbotenen Handel zu erfüllen; findet dann auch noch eine Zurückforderung Statt? Wer diese Frage im allgemeinen bejahen wollte, der müßte uns ganz andere Gründe vorlegen, als diejenigen, welche *condictionem indebiti* rechtfertigen. Denn der Kläger erscheint hier in einer ganz andern Gestalt. Die Umstände sind so verändert, daß man unmöglich von Einem auf das Andere die Anwendung machen kann. Dort war aus einem Irrthume gezahlt worden, hier ist dergleichen nicht vorhanden; dort war mit der Zahlung wenigstens die Absicht nicht verbunden, einen verbotenen Handel als solchen zu erfüllen, hier geschieht sie wirklich zu diesem Zweck; dort mußte condictio indebiti gestattet werden, weil dem Empfänger nichts zu Statten kam, und dem Geber nichts vorzuwerfen war [5]). Hier aber verhält sich die Sache ganz anders. Denn obgleich das ungültige Geschäfte selbst dem Empfänger nicht zu Statten kommt, so ist ihm doch die Zahlung einmal freiwillig geschehen, und folglich handelt er wenigstens gegen den andern Theil nicht unrecht, weil dieser wissentlich etwas weggiebt, wozu

5) Jener kann, um das Empfangene einzubehalten, sich weder auf den verbotenen Handel an sich berufen, weil ihm derselbe gar kein Recht giebt, noch darauf, daß die Zahlung einmal geschehen sei, weil diese nicht in der Absicht geleistet ward, um einen verbotenen Handel zu erfüllen. Dem Andern hingegen ist nichts vorzuwerfen, weil er aus Irrthum gezahlt hat.

er nicht schuldig war, mithin keinesweges vorschützen kann, daß man sich wider seinen Willen des Seinigen anmaße. So viel glaube ich also, wird man mir ohne weitere Erklärung zugeben, daß es im Ganzen nicht schicklich sei, aus der gesetzlichen Vorschrift, wornach die sogenannte reprobirte natürliche Verbindlichkeit *condictionem indebiti* nicht hindern soll, sogleich die Regel zu formiren, daß in solchen Fällen die geschehene Zahlung immer zurück gefordert werden könne. Wie aber, wird man vielleicht einwenden, wenn die Gesetze selbst demjenigen, welcher wissentlich einen verbotenen Handel erfüllet, die Zurückforderung gestatten? — Ist zum Beispiele derjenige, welcher eine verbotene Spielschuld absichtlich bezahlt, nicht gleichwol berechtigt, solches zurückzufordern? Er ist es allerdings. Aber nun entsteht zweitens die Frage, ob man dieß zur Regel für alle übrigen Fälle machen, oder nur **als Ausnahme von der Regel** betrachten dürfe? Ich halte jenes höchst unrichtig, weil es andern unleugbaren Vorschriften des Civilrechts offenbar widerspricht, welche ein für allemal bestimmen, daß in pari causa illicita, derjenige, dem etwas bezahlt worden ist, von dem andern Theile nicht in Anspruch genommen werden soll [6]). Ausnahmen von dieser allgemeinen Vorschrift lassen sich denken, wenn die

Gesetze

6) L. 3. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.

Gesetze selbst in einigen Fällen das Gegentheil gestatten; allein man muß die Ausnahme nicht zur Regel umschaffen. Man kann auch außerdem, wenn man in dieser Materie der gewöhnlichen Theorie nachgeht, fast keinen einzelnen Satz, welcher an sich auch noch so richtig und wahr ist, mit dem übrigen Systeme füglich vereinigen; man wird überall Schwierigkeiten antreffen, und bei jeder Gelegenheit um zureichende Gründe verlegen sein. Wen die Erfahrung dieß noch nicht gelehrt hat, dem werden folgende Fälle hievon bei näherer Prüfung die beßte Ueberzeugung geben. Schon auf die Frage, warum die Bezahlung einer verbotenen Spielschuld zurückgefordert werden könne? ist die Antwort: weil keine natürliche Verbindlichkeit zur Zahlung vorhanden war, nichts weniger als befriedigend. Denn wäre dieß die wahre und einzige Ursache, so würde folgen, daß nur dem, welcher aus Irrthum gezahlt hätte, die Zurückforderung zukomme, daß aber derjenige, welcher wußte, daß ihm weder eine natürliche noch bürgerliche Verbindlichkeit oblag, und doch bezahlte, kein Recht weiter habe, die geschehene Zahlung anzufechten. Und gleichwol giebt man zu, daß auch der Letztere dazu befugt sei [7]), so wie der-

7) *S.* G. Hilliger *de actionibus occasione ludi competentibus, vel non*, Lips. 1712. Meine Abhandlung de usuris indebite solutis, §. 14. 15.

jenige, welcher verbotene Zinsen wissentlich bezahlt, solche dennoch zurückfordern kann. Da es Gesetze giebt, welche die Zurückforderung in diesen beiden Fällen überhaupt gestatten, aber keine, die eben nahmentlich hinzufügten, daß auch die mit Wissen und Willen geschehene Zahlung gleichfalls condicirt werden könne, so müssen andere Gründe beigebracht werden, um das Letztere zu rechtfertigen; ich zweifle aber sehr, ob der gewöhnliche Vortrag der Sache dazu auslangen dürfte. Der angenommene Satz, daß die sogenannte reprobirte natürliche Verbindlichkeit dieses immer mit sich brächte, giebt nichts weniger, als einen tüchtigen Grund, um dasjenige, was in den gedachten Fällen behauptet wird, zu erweisen, weil er offenbar petitionem principii mit sich bringt, und, genau genommen, selbst nicht erweißlich ist. Ferner finden wir auch in der Bürgschaft der Frauenspersonen ein Beispiel, welches die gemeine Lehre sehr zweideutig macht. Woher kommt es, daß diese, ungeachtet der reprobirten natürlichen Verbindlichkeit, dennoch, wenn sie wissentlich ihre ungültige Bürgschaft erfüllet haben, vergeblich auf das Vellejanische Senatus Consultum provociren [8])? Ja, siehet man vollends auf die übrigen Fälle zurück, wo die Characteré der sogenannten

8) L. 26. §. 3. verglichen mit L. 40. D. de condict. indeb.

nannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit sämtlich zutreffen, und gleichwol die geschehene Erfüllung gar nicht zurückgefordert werden darf, so muß natürlich die erwähnte Theorie noch unzureichender erscheinen. Wir werden im folgenden §. mehrere Fälle dieser Art anzuführen Gelegenheit haben. Um aber vorjetzt wenigstens Ein Beispiel anzuführen, so wird man nicht leugnen, daß, wer zu einem verbotenen Spiele Geld leihet, eben so unerlaubt und rechtswidrig handle, als die Spieler selbst [9]). Gesetzt aber, es sei ihm freiwillig wieder bezahlt; sollte wol eine Zurückforderung Statt finden? Diese Frage zu verneinen, wird man sich schon nach der bloßen juristischen Empfindung sehr geneigt fühlen, aber in der gewöhnlichen Theorie schwerlich ein tüchtiges Argument antreffen, um es mit Gründen behaupten zu können. Die einmal angenommene Regel, daß in den Fällen einer reprobirten natürlichen Verbindlichkeit die repetitio soluti zulässig sei, wird immer ein unübersteigliches Hinderniß in Weg legen, so, daß mancher vielleicht gar seine Philosophie unter dem Gehorsame dieser Regel gefangen nehmen, und auch die Bezahlung einer zum Spiel geschehenen Anleihe der Zurückforderung unterwerfen dürfte.

9) Diesen Fall wird der folgende §. noch näher erläutern.

§. 76.

Versuch einer genauern Erörterung obiger Frage. Die Zurückforderung ist der Regel nach unzulässig.

Legen wir zuvörderst die Idee eines bürgerlich verbotenen Handels im Allgemeinen zum Grunde, ohne auf die besondern Modificationen, welche nur gewissen Gattungen eigen sind, vorjetzt schon Rücksicht zu nehmen; und fragen wir sodann; ob derjenige, welcher seiner Seits einen solchen verbotenen Vertrag erfüllet hat, berechtigt sei, das Gegebene zurückzufordern? so wird das Resultat unserer Untersuchung ohne Zweifel dahin ausfallen, daß diese Zurückforderung der Regel nach nicht Statt finden könne. Dieß ist Erstlich aus unleugbaren Grundsätzen des Naturrechts klar. Denn so lange man hier beim Allgemeinen stehen bleibt, kann man wol sagen, daß diejenigen, welche einen bürgerlich verbotenen Vertrag schließen, beiderseits unrecht handeln, mithin, wer bezahlt, eben so gewiß, als der Andere, welcher die Zahlung annimmt. Es giebt besondere Fälle, wo dieses nicht so ganz zutrifft, aber dieß kann uns nicht irren, wenn wir vorläufig bestimmen wollen, was im Ganzen als Regel anzunehmen sei. Nun bringt es aber schon die Natur der Sache mit sich, daß wir

gegen

gegen den, der mit uns gemeinschaftlich die Gesetze übertreten hat, keinen Regreß zu unserer Entschädigung nehmen können. Mit diesem Grunde, welcher allein schon hinreichen dürfte, um die Zurückforderung des Gegebenen in solchen Fällen zu verwerfen, steht noch ein anderer in Verbindung, wodurch die Sache noch deutlicher wird, und dessen sich daher die Lehrer des Naturrechts vorzüglich bedienen. Indem wir nämlich zur Erfüllung eines unerlaubten Versprechens etwas weggeben, entsagen wir wenigstens unserer Seits unserm Rechte und Eigenthume daran gänzlich, und der, dem wir es zustellen, handelt wenigstens gegen uns nicht unrecht; er maßt sich nicht wider unsern Willen das Unsrige an, da wir es ihm selbst freiwillig überliefert haben, er lädirt uns also nicht, und folglich ist unter diesen Umständen nicht abzusehen, wie wir ein Zwangsrecht haben mögen, das Gegebene wieder zurückzufordern. Nach dem Naturrechte wäre es daher ausgemacht, daß die Regel, welche man hier gewöhnlich anzunehmen pflegt [1]), grade umzukehren sei, mithin die Zurückforderung einer aus verbotenen Verträgen geleisteten Zahlung der Regel nach wegfalle [2]). Allein,

1) Solutum repeti potest, si obligatio naturalis reprobata adest.

2) Pufendorf L. 3. iur. nat. et gent. Cap. 7. §. 9. imgleichen Barbeyrac in seinen Anmerkungen daselbst §. 6. not. 2. n. 3.

auch in den Vorschriften des bürgerlichen Rechts finden wir dieselben Grundsätze bestätigt. Obgleich Niemand auf die Erfüllung eines bürgerlich verbotenen Handels klagen kann, so bestimmen doch die Gesetze den Fall, da die Zahlung einmal geschehen ist, ausdrücklich dahin: ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, solutum repeti non posse [3]), imgleichen: Si ob turpem causam promiseris Titio, quamuis si petat, exceptione doli mali vel in factum summouere eum possis, *tamen si solueris, non posse te repetere* [4]); sie setzen ein für allemal die Regel vest: Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et ideo repetitionem cessare [5]). Man wende nicht ein, daß in diesen Gesetzen eigentlich die Rede von solchen Verträgen sei, deren Zweck schon an sich dem Naturrechte zuwider laufe; denn man wird nicht leugnen können, daß, sobald der Handel durch positive Gesetze verboten worden, er eben dadurch auch den an sich und natürlich unerlaubten gleich zu achten sei. Wenn die Gesetze ferner an so vielen Stellen verordnen, daß eine wissentlich bezahlte Nichtschuld dem Empfänger verbleiben soll, so wird man dagegen keine einzige Stelle beibringen können, welche die aus

3) L. 3. D. *de cond. ob turp. vel iniust. caus.*
4) L. 8. ibid.
5) cit. L. 8.

aus verbotenen Verträgen geleistete Zahlung hievon im Allgemeinen ausnehmen sollte; weshalb denn auch deren Zurückforderung um so weniger zu gestatten ist, weil schon das Naturrecht solche, wie eben gezeigt worden, verwirft, und dieses daher auch in bürgerlichen Gerichten so lange gelten muß, bis durch bestimmte Vorschriften des Civilrechts ein Anderes angewiesen worden. Wir werden das Letztere in gewissen besondern Gegenständen bald näher erfahren; vorläufig aber wird es nicht undienlich sein, einige Fälle anzuführen, in welchen zufolge unserer obigen Regel die Erfüllung eines bürgerlich verbotenen Handels, oder, wie die Systeme es nennen, einer reprobirten natürlichen Verbindlichkeit nicht wieder zurückgefordert werden darf; obgleich der gewöhnliche Lehrbegriff leicht die Behauptung des Gegentheils veranlassen könnte, zum Theil auch bei einigen Gelehrten wirklich veranlaßt hat. 1) Wir wollen mit der zum verbotenen Spiele geschehenen Anleihe den Anfang machen, weil wir derselben im vorhergehenden schon beiläufig erwähnt haben. Es giebt Rechtsgelehrte, welche behaupten, daß die Bezahlung dieser Anleihe sogar mittelst einer Klage verfolgt werden könne [6]); Allein, dieß ist von andern bereits

so

6) Berlich Decis. 66. n. 6. Carpzov Lib. 6. Respons. 96. n. 15. und Pract. crim. Quaest. 34. n. 27. Voet Comment. ad Pand. Lib. XI. Tit. V. §. 4.

so gründlich widerlegt worden, daß wir uns dabei nicht weiter aufhalten dürfen [7]). Ob aber die freiwillig geschehene Wiederbezahlung zurückgegeben werden müsse? ist eine Frage, welche die Juristen in ihren Schriften, so viele ich davon zu Rathe ziehen können, gar nicht berührt haben. Hätte es im Allgemeinen seine Richtigkeit, was Leyser bei einer andern Gelegenheit vorträgt, daß das bürgerliche Verbot eines Geschäftes denjenigen, welcher es erfüllet hat, berechtige, sein eigenes factum wieder anzufechten [8]): so sollte man glauben, daß die Zurückforderung Statt finden müsse. Beurtheilen wir aber die Sache nach den Grundsätzen, worauf sich unsere Regel stützet, so werden wir kein Bedenken weiter finden, die Frage schlechthin mit Nein zu beantworten. Genug, daß beide Theile die Gesetze übertreten haben, und daß keine specielle Verordnung vorhanden ist, welche die Zurückforderung des einmal Bezahlten gestattet; wiewol ich gerne zugebe, daß, wenn die Zahlung aus Irrthum geschehen wäre, sodann die zum verbotenen Spiele geschehene Anleihe der eigentlichen *condictio indebiti* nicht ent-

7) Argum. L. 12. §. 1. Mandati L. 2. §. 1. D. Quar. rer. act. non dat. Brunnemann ad L. 8. D. pro Emtore n. 1. Farinacius Quaest. 109. n. 217. Strick Us. Mod. Lib. XI. Tit. V. §. 10. Groenewegen de legib. abrogat. Tit. de aleat. n. 6.

8) Leyser Spec. 190. Med. 1.

entgegen gestellt werden könne [9]). 2) Wenn eine Sache verkauft wird, deren Veräußerung die Gesetze verbieten, so fragt sich, ob der Verkäufer selbst berechtigt sei, die übergebene Sache wieder zu fordern? Leyser bejahet diese Frage [10]), widerlegt eine Menge von Einwürfen, welche dagegen gemacht werden könnten, und glaubt am Ende seine Meinung durch eine Stelle des Canonischen Rechts [11]) über alle Zweifel zu erheben. Allein die Hauptgründe, welche ihm entgegen stehen, daß nämlich der Regel nach die Erfüllung verbotener Verträge von den Contrahenten selbst nicht reclamiret werden könne, — daß nicht abzusehen sei, wie derjenige, welcher selbst die Gesetze übertreten hat, sich anmaßen dürfe, Sachen, die er einmal freiwillig weggegeben hat, wieder zu fordern; — daß kein ausdrückliches Gesetz diese Zurückforderung gestatte —; alles dieses übergeht er mit Stillschweigen. Man sieht aber leicht, daß seine Behauptung dadurch vollkommen widerlegt werde, indem auch die Päbstliche Verordnung, worauf

9) Titius glaubt, dem Sempronius 100 Rthlr. Kaufgeld schuldig zu sein, und bezahlt solche, da er sich aber hierin geirret hat, und condict. indeb. anstellet, so kann Sempronius sich der Herausgabe darum nicht entziehen, weil er dem Titius wirklich 100 Rthlr. zu einem verbotenen Spiele angeliehen hat. L. 26. §. 3. D. de condict. indeb.

10) Spec. 190. Medit. 1. sequ.

11) Cap. 33. X. de *iureiurando*.

worauf er sich zuletzt beruft, Nichts weiter enthält, als daß die von einem Regenten vorgenommene Veräußerung, wenn der Staat selbst dadurch gefährdet würde, wiederum zurückgefordert werden könnte, welches auf Privatangelegenheiten, wovon Leyser handelt, wol keine Ausdehnung zulassen dürfte. 3) Ein gleiches ist auch von dem Falle zu behaupten, wenn die Gesetze gewisse Personen vom Erwerb gewisser Sachen ausschließen, z. B. die Juden in Ansehung der unbeweglichen Güther, ingleichen, wenn dieses oder jenes Gewerbe gewissen Personen untersagt ist —. Wer sich mit ihnen einläßt, Verträge mit ihnen schließet, kann zwar von ihnen nicht belangt werden, seine Zusage zu erfüllen, aber was er ihnen gegeben, und bezahlt hat, das darf er für seine Person nicht wieder zurückfordern, wofern er kein Gesetz beibringen kann, welches ihn selbst dazu berechtigt. Der Verkäufer mithin, welcher das einem Juden verkaufte Haus wirklich übergeben, der Handelsmann, der einem Mackler die Assecuranzprämie bezahlt hat, welche dieser nie klagend hätte fordern können, sind nicht befugt, das Gegebene wieder zu fordern, weil sie ihrer Seits zur Uebertretung der Gesetze mit concurrirt, und das Ihrige einmal freiwillig weggegeben haben. 4) Wenn der berühmte Hommel behauptet, daß diejenigen, welche sich unbefugterweise mit Heilung der Kranken abge-

abgeben (medicastri), weder einen Lohn für ihre Arbeit, noch die Vergütung der etwa gehabten Auslagen an Medicamenten, Kräutern u. d. m. begehren können [12]), so hat er darin ganz unstreitig Recht. Denn nicht leicht kann der gemeinen Wolfahrt eine Sache angelegener sein, als daß das Leben und die Gesundheit der Menschen den Pfuschern und Marktschreiern nicht Preiß gegeben, sondern daß die Heilung nur Aerzten von geprüfter Geschicklichkeit anvertrauet werde [13]). Wer sich also unterstehet, diese Kunst zu üben, ohne öffentlich dazu autorisirt zu sein, der übertritt die zum Besten des Ganzen abzweckenden Gesetze, und ist aller Ansprache auf Belohnung und Entschädigung ganz unwürdig [14]). Wenn aber der gedachte Rechtslehrer hinzufügt, daß sogar die, solchen Leuten geschehene

12) *C. F.* Hommel Rhapsod. Quaest. obseru. 261.

13) Joh. Jac. Moser von der Landeshoheit in Policeysachen, Frankf. und Leipz. 1773. Cap. 4. Seite 73. u. f.

14) L. 134. §. 1. D. *de Reg. iur.* L. 12. §. 1. D. *de furtis.* Es kann aber auch hier der Richter die Personen und Sachen nur so behandeln, wie es einmal die gesetzliche Regel im Ganzen mit sich bringt, obgleich der Grund davon in manchen concreten Fällen nicht immer zutreffen mag. Denn wie oft enthalten nicht selbst gerichtliche Acten in den dabei befindlichen Sectionsprotocollen und Berichten die redendsten Beweise, daß auch unter die zünftigen Aerzte sich schwache Subjecte eingeschlichen haben, welche weit von dem entfernt sind, wofür sie publica auctoritate gelten.

hene Bezahlung, zurückgefordert werden könne: so kann ich ihm darin nicht beipflichten. Der Grund, welchen er anführt, quoniam non in *dante*, sed in solo *accipiente* turpitudo sedet; ist überhaupt genommen unrichtig, wenn er gleich bisweilen zutreffen mag. Es ist möglich, daß der Pfuscher, dessen man sich bedient, sich für einen rechtmäßigen Arzt ausgegeben, und solchergestallt andere hintergangen hat; und in dem Falle würde freilich die Zurückforderung des Bezahlten keinen Zweifel leiden. Aber wie viele rufen ihn nicht zu Hülfe, da sie doch wissen, daß er unbefugterweise ein ihm verbotenes Gewerbe treibt. Diese sind so wenig außer Schuld, daß sie vielmehr zur Uebertretung der Gesetze offenbar mit beitragen, einen Mißbrauch, worunter die gemeine Wolfahrt leidet, befördern, und folglich vor den Augen des Richters in pari turpitudine mit dem Pfuscher selbst erscheinen. Gründe genug, ihnen die Zurückforderung dessen, was sie bezahlt haben, gänzlich zu versagen. Eben dieses findet auch 5) in allen übrigen Fällen Statt, wo gewisse Künste und Gewerbe im Staate nur von gewissen Personen geübt werden dürfen, andere aber davon ausgeschlossen sind. Wer sich also zum Betrieb seiner Rechtshändel nicht eines ordentlichen Advocaten bedient, sondern zum Pfarrer oder Schreiber seine Zuflucht nimmt, wer

den

den zünftigen Künstler vorbeigehet, und Statt dessen einen Pfuscher oder Böhnhasen dingt, der kann zwar von dem letztern, wegen des versprochenen Lohns nicht belangt werden, was er aber einmal bezahlt hat, darf er nicht wieder fordern, weil er seiner Seits den Gesetzen, und der guten Ordnung gleich alls zuwider gehandelt hat. Daß aber in allen diesen Fällen bei einer aus untadelhaftem Irrthum geschehenen Zahlung, die aus verbotenen Geschäften behauptete Forderung der eigentlichen condictioni indebiti nicht im Wege stehe, darf ich hier nicht weiter ausführen, da es einmal gesetzliche Regel ist: Ex iis omnibus, quae iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta *per errorem* solutione condictioni locus erit [15]). Nach den obigen Grundsätzen sollte nun auch die Zurückforderung einer bezahlten Spielschuld dem **Mitspieler** selbst nicht frei stehen; allein es ist wahr, was Andere bereits angemerkt haben, daß die Gesetze in diesem Punct den aus dem Naturrechte aufgenommenen Vorschriften nicht immer in einzelnen Fällen getreu geblieben sind [16]), und bei manchem Gegenstande

15) L. 54. D. de condict. indeb.

16) **Barbeirac** in seinen Anmerkungen über **Pufendorf** I. N. et G. am angeführten Orte: La repetition, schreibt er, n'est pas plus juste par rapport a celui qui a donné, que l'aveu du sujet pour le quel

liegt es schon gewissermaßen in der Natur der Sache, daß von unserer obigen Regel nicht füglich Gebrauch zu machen ist, weshalb wir nunmehr die Ausnahmen etwas näher betrachten wollen.

§. 77.

Ausnahmen von der obigen Regel.

Zwei Gründe sind es vorzüglich, welche die Zurückforderung der aus verbotenen Verträgen geleisteten Zahlung der Regel nach unzulässig machen; 1) weil derjenige, welcher die Erfüllung leistet, das Seinige freiwillig weggiebt; 2) weil beide Contrahenten durch Eingehung eines verbotenen Geschäftes die Gesetze übertreten, und in solchem Falle die Theilnehmer einer unerlaubten Handlung keinen Regreß gegen einander nehmen dürfen. Giebt es nun Fälle, wo, des bürgerlichen Verbots der Handlung ungeachtet, die erwähnten Gründe nicht zutreffen, — wo der Bezahlende juristisch nicht für den

quel il a donnè ne lui fait honneur. C'est la dessus, qu'il faut fonder les maximes de Iurisconsultes Romains, que quand la conuention est deshonnette et par rapport a celui qui donne, et qui reçoit, le premier ne peut rien redemander. *Mais le droit Romain a la verité ne suit pas toujours ce principe, puisque, quand il s'agit des jeux de Hazard, qui etoient defendus, et regardés comme deshonnettes, le Perdant peut redemander son argent, méme au dela du terme ordinaire de la prescription.*

den zu achten ist, der über das Seinige eigenmächtig disponiren kann, — wo das Gesetzwidrige des Vertrags nicht sowol den Schuldner, als vielmehr den Gläubiger trifft, so ist die Folge natürlich, daß in diesen Fällen von jener Regel kein Gebrauch zu machen ist. Man muß daher auch hier wiederum auf die Bewegursache und die wahre Absicht der verbietenden Gesetze zurückgehen, imgleichen das Persönliche Verhältniß dessen, der die Zahlung geleistet hat, in Obacht nehmen, um es gründlich erklären zu können: warum dem letztern hin und wieder die Zurückforderung des Gegebenen frei stehet. Betrachten wir nämlich 1) die Fälle, wo gewissen Personen zu ihrem eigenen Beßten die Befugniß, rechtliche Handlungen einzugehen, entweder ganz oder zum Theil genommen ist, weil die Gesetze bei ihnen, wo nicht einen gänzlichen Mangel der natürlichen Fähigkeit zum contrahiren, doch wenigstens eine vorzügliche Gefahr der ungebührlichen Verleitung und Uebereilung voraussetzen, so wird es uns nicht befremden, daß selbst von Seiten dieser Personen, wenn sie sich dennoch in Rechtsgeschäfte eingelassen und solche erfüllt haben, die Zurückforderung geschehen darf, ohne daß es darauf ankommt, ob die Zahlnng wissentlich, oder aus Irrthum geleistet worden sei; z. B. wenn Pupillen, Minderjährige, gerichtlich erklärte Verschwender, ohne

vormundschaftliche Einwilligung contrahirt und bezahlt haben. Diese Personen sind einestheils den Gesetzen nach als solche anzusehen, denen die natürlichen Erfordernisse sich gültig zu verbinden, ermangeln, anderntheils aber ist die von ihnen geschehene Zahlung an sich schon unkräftig, weil sie nicht über das Ihrige eigenmächtig disponiren können; mithin sieht ein Jeder, daß bei ihnen die gewöhnlichen Folgen einer freiwillig geleisteten Erfüllung nicht zutreffen können. Dieß ist es, was **Ulpian** in nachfolgenden Worten lehrt: Interdum *persona* locum facit repetitioni, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate, vel is, cui bonis interdictum est, soluerit. Nam in his personis *generaliter* repetitioni locum esse non ambigitur [1]). Von den Frauenspersonen, welche nach gewissen Provinzialgesetzen unter fortwährender Vormundschaft stehen, ist wegen Gleichheit der Ursachen eben dasselbe zu behaupten [2]); obgleich einige Rechtslehrer das Gegentheil zu vertheidigen suchen [3]). Aber auch außer den genannten Personen, sind 2) die Gründe der obigen Regel nicht anwendlich, wenn nur die Absicht des Gesetzes vorzüglich dahin geht, es zu verhüten, daß Jemand durch listige Beredung Anderer um das

1) L. 29. D. de condict. indeb.
2) Mevius *ad ius Lubecense* Lib. 1. Tit. 10. Art. 3.
3) *Ulr.* Huber Praelect. ad Inst. Lib. 3. Tit. 14. §. 2.

das Seinige gebracht werde, ob er gleich sonst über sein Vermögen frei disponiren kann. Daher auch, was über 500 Soliden ohne gerichtliche Insinuation geschenket worden ist, zurückgefordert werden darf[4]). In allen diesen Fällen ist der Contrahent, welcher die Erfüllung leistet, gerade derjenige, den die Gesetze besonders in ihren Schutz nehmen, und nach den Umständen, welche man den Rechten gemäß dabei voraussetzen muß, trifft das Unrechtmäßige der Handlung nicht sowol ihn selbst, als vielmehr den, der sich mit ihm eingelassen, und auf eine gesetzlose Art etwas zu erwerben gesucht hat. Hier findet also die Zurückforderung Statt, wenn gleich der Empfänger vorschützen wollte, daß der andere Theil nicht durch Irrthum zur Zahlung veranlaßt sei, sondern solche wissentlich geleistet hätte, weil dieses die erwähnten Umstände noch nicht aufhörend macht, und das Bewußtsein von der Ungültigkeit des Handels keinesweges die Uebereilung und ungebührliche Verleitung, wogegen das Verbot eigentlich gerichtet ist, ausschließt; folglich nicht gesagt werden kann, daß beide Theile in pari causa illicita versirten. Nur dann ist freilich die Erfüllung für unwiederruflich zu achten, wenn die Gesetze selbst verordnen, daß dergleichen Geschäfte durch nachhe-

4) L. 27. und 36. §. 3. C. de donation. Man sehe hiebei oben die Note 8. §phi 65.

rige Anerkennung zur Gültigkeit gelangen könnten, und die Zahlung unter solchen Umständen erfolgt, daß sie eine rechtmäßige Genehmigung des Handels mit sich führt. Wer also einen Vertrag, den er als Minderjähriger, oder als Verschwender im rechtlichen Verstande, ohne Vormund getroffen hatte, nach erlangter Großjährigkeit, oder nach aufgehobener Curatel erfüllet, der ist auch nicht weiter berechtigt, das Gegebene wieder zu fordern. Hieraus ist es nun zu erklären, warum die Frauenspersonen, welche sich verbürgt haben, das Bezahlte nicht zurückfordern können, wenn sie bei der Zahlung gewußt haben, daß ihre Intercession zu Recht nicht beständig sei [5]). Die Gesetze verordnen dieß deutlich, wiewol der Grund, welchen Voet dabei anführt: eo quod consulto dati indebiti donatio est, donanti autem mulieri per Senatusconsultum Velleianum non succurritur, zu denen gehören dürfte, welche zu viel beweisen. Denn eben so gut könnte man auch sagen: Wer wissentlich zu viele Zinsen bezahlt, kann solche nicht zurückfordern, quoniam

5) L. 9. C. ad S. C. Velleianum: Quamuis mulier pro alio soluere possit, tamen si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, *eius senatusconsulti beneficio munitam se ignorans*, locum habet repetitio. Man sehe auch L. 26. §. 3. L. 40. D. de cond. ind. Voet Comment. ad Pand. Lib. XVI. Tit. I. §. 12.

niam consulto dati donatio est. Mehr überzeugend und weniger zweideutig ist unstreitig der Grund, welchen uns die wahre Absicht der Vellejanischen Verordnung an die Hand giebt. Den da die Bürgschaft nicht, weil sie an sich etwas Verwerfliches enthält, sondern nur darum ungültig ist, damit die Frauenspersonen durch ungebührliche Beredungen und übereilte Zusagen nicht um das Ihrige gebracht werden, so haben deswegen die Gesetze auch billig gefunden, eine Rechtsverbindliche Genehmigung des Handels zuzulassen, wenn dabei Umstände eintreten, welche gegen den ernstlichen und freien Willen der Frauenspersonen keinen Zweifel übrig lassen. Dieß erklärt die Sache selbst nicht nur hinlänglich, sondern man sieht auch hieraus gleich die Ursache, warum in andern bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften die obgleich wissentlich geschehene Zahlung dennoch zurückgefordert werden kann; wenn nämlich 3) gewisse Verträge aus der Ursache untersagt werden, weil selbst dem gemeinen Wesen daran liegt, daß das Gegebene oder Bezahlte gerade dem verbleibe, der sich dessen hat entäußern wollen; z. B. wenn Jemand, dem zu seinem künftigen Unterhalte gewisse Güter vermacht worden sind, ohne des Richters Zustimmung einen Vergleich schließt, und vermöge desselben

ben die vermachten Stücke weggiebt [6]): so auch 4) wenn der unrechtfertige Vortheil, welchen der Empfänger zum Schaden des andern Contrahenten aus dem Handel ziehen würde, jenen vorzüglich den Gesetzen verhaßt macht, und diese eben darum der unlautern Gewinnsucht durch verbietende Vorschriften billige Gränzen gesetzt haben; zum Beispiele dient der verbotene Wucher, der commissorische Vertrag bei Verpfändungen, das pactum de quota litis, u. a. m. Ueberall ist hier der Gläubiger immer derjenige, dem eigentlich nur die Uebertretung der Gesetze vorzuwerfen ist, der Schuldner hingegen der, dem die Gesetze gegen die Gewinnsucht des Erstern ihren Schutz angedeien lassen; weshalb die Zurückforderung des ungebührlichen Vortheils ohne Bedenken Statt findet. Genau gerechnet, wäre nun dieses von dem, der sich in verbotene Hazardspiele eingelassen, und das Verlorne bezahlt hat, eben nicht zu behaupten. Denn er hat im Ganzen eben so unerlaubt gehandelt, als der andere, dem das Glück günstiger war. Da aber gleichwol ausdrückliche Gesetze dem Mitspieler selbst die Zurückforderung der Spielschuld ohne Ausnahme gestatten [7]), so behält es

6) L. 25. §. 2. D. de condict. indebiti.

7) L. 3. C. de aleatoribus, verb.: solutum reddatur, et competentibus actionibus repetatur *ab his, qui dederint*, vel eorum heredibus, aut his negligentibus

es freilich dabei sein Bewenden, wenn gleich diese besondere Ausnahme von der obigen Regel mit keinem andern Grunde, als dem bekannten, ita lex scripta est, zu unterstützen sein dürfte.

Mehr läßt sich auch wol in der That über den besondern Fall nicht sagen, den das Ansehen Papinians noch mit unter die Ausnahmen gebracht hat. Zwischen Personen, denen das Gesetz die Heirath durchaus verbietet, kann natürlich das Versprechen eines Brautschatzes nicht verbindlich sein; aber auch die Zurückforderung des Gegebenen sollte den Fall des Irrthums abgerechnet, aus eben dem Grunde nicht Statt finden. Und doch entschied der angeführte Rechtsgelehrte L. 5. D. de condict. sine causa anders. Auunculo nuptura pecuniam in dotem dedit, neque nupsit; an eandem repetere possit? quaesitum est. Dixi, quum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem, et in delicto par

 po-

tibus a Patre aut defensoribus illius ciuitatis, vel recipiat fiscus, non obstante nisi quinquaginta annorum praescriptione. Lauterbach Compend. Pandectar. Lib. XI. Tit. 5. p. 160. behauptet dennoch, daß heutiges Tages dem Mitspieler selbst die Zurückforderung nicht zustehe, weil beide Theile in re illicita versirt hätten. Sonderbar genug! War denn etwa derzeit, als Justinian die Spiele so nachdrücklich untersagte, und nichts destoweniger selbst dem Uebertreter seiner Verordnung die Zurückforderung erlaubte, nicht eben sowol par utriusque turpitudo vorhanden?

potiorem esse possessorem, quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recta defendi, non tam *turpem* causam in proposito, quam *nullam* fuisse, quum pecunia, quae daretur, in dotem conuerti nequiret; non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse. Noverca priuigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit. Cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur; atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit. Condictio igitur competit. Hätte **Papinian** die Zurückforderung verworfen, Niemand würde die Richtigkeit der Gründe, die er selbst dagegen anführt, bezweifelt haben. Jetzt muß uns aber auch sein Ansehen nicht abhalten, zu gestehen, daß der Grund, womit er hier die Zulässigkeit der condictio sine causa rechtfertigen will, zuviel beweise, daß es etwas sehr leichtes sei, mit diesem Argument die ganze Vorschrift der Gesetze, welche in Fällen wo beide Theile einen verbotenen Zweck vorhaben, die Zurückforderung verwirft, in der Anwendung zu vereiteln, wenn es nur darauf ankommt, den nächsten Zweck des Gegebenen bloß als **richtig** darzustellen, daß wir seine Lehre also nur auf den einzelnen Fall, wovon er redet, als Ausnahme einschränken, sonst aber bei der gedachten

Regel

Regel bleiben müssen, da die Gerichte im Staate unmöglich dazu bestellt sein können, um diejenigen, welche die Gesetze gemeinschaftlich übertreten wollten, in ihren gegenseitigen Ansprüchen wieder auszugleichen.

Fünfter Abschnitt.

Von natürlich erlaubten, auch bürgerlich nicht verbotenen Rechtsgeschäften, welche jedoch nach Vorschrift des Civilrechts den völligen gerichtlichen Effect nicht hervorbringen.

§. 78.

Einleitung.

Nachdem wir bisher von natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften gehandelt haben, so führt uns jetzt die Ordnung auf solche verbindliche Handlungen, welche, obgleich bürgerlich unverboten, dennoch im Gerichte nicht völlig wirksam sind. Dergleichen natürliche Verbindlichkeiten im strengsten Verstande des Civilrechts (§. 55.) lassen sich denken, Einmal, wenn ihnen durch bürgerliche Anordnung der völlige gerichtliche Effect schon im voraus versagt worden ist, und zweitens, wenn einer bisher völlig wirksamen Verbindlichkeit die fernere Wirkung im Wege Rechtens aus

solchen

solchen Gründen versagt wird, die nach natürlichen Rechten keine Aufhebung der Zwangspflicht selbst zuwege bringen. Von jenem wird der gegenwärtige, von diesem das erste Kapitel des nächstfolgenden Abschnitts handeln. Beide Gegenstände kommen aber darin mit einander überein, daß der Regel nach in den Fällen, welche sie unter sich begreifen, das Dasein und die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit an sich im bürgerlichen Zustande keinen Zweifel leidet, sondern nur die gerichtliche Wirkung durch Civilgesetze beschränkt worden ist. Hieraus erwachsen verschiedene Folgen und Verhältnisse, welche beiden gemein sind, die wir aber aus guten Gründen erst im zweiten Kapitel des folgenden Abschnitts näher entwickeln werden. Bis dahin versparen wir also die Frage: nach welchen Gesetzen der Richter zu verfahren habe, wenn da, wo geklagt wird, und da, wo der Handel getroffen worden ist, die Rechte nicht übereinstimmen? imgleichen die Regeln, welche überhaupt bei Anwendung dieser Gesetze zu beobachten sind, und andere allgemeine Grundsätze. Denn diese communia setzen schon eine Kenntniß von der wahren Beschaffenheit der Gegenstände, welche hieher gehören, zum voraus, und müssen durch Anwendung auf einzelne Fälle erläutert werden, wozu in Betracht der besondern Verhältnisse, deren es hier ungleich mehrere giebt, als bei dem

Ge-

Gegenstande des vorigen Abschnitts, die erwähnte Ordnung unstreitig die zweckmäßigste ist.

§. 79.

Classification der einzelnen hieher gehörenden Rechtsgeschäfte.

Eben die Gründe, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber bewogen werden kann, gewisse natürlich erlaubte Handlungen zu verbieten, und den Staatsbürgern alle rechtliche Befugniß zu dergleichen Handlung gänzlich zu versagen, können auch zum Theil in andern Verhältnissen zur Veranlassung dienen, daß gewissen Rechtsgeschäften, ohne eben solche durchaus zu verbieten, nur die völlige Wirksamkeit in Gerichten nicht gestattet wird. Es treten aber auch hiebei noch manche besondere Ursachen ein. Inzwischen lassen sich doch die einzelnen Fälle im Allgemeinen nach den Hauptgründen der Gesetzgebung auf drei Classen reduciren. Es giebt Verbindlichkeiten, welche in bürgerlichen Gerichten nicht völlig wirksam sind,

I. weil sie mit gewissen positiven Bestimmungen der Privatgeschäfte nicht übereinstimmen; andere

II. weil das Persönliche Verhältniß der Parteien sowol überhaupt, als auch besonders ihre gegenseitige Verbindung den Gesetzgeber bewogen hat, die völlige gerichtliche Wirkung nicht zu gestatten; und wiederum andere,

III. weil

III. Weil die Gesetze nach den Regeln der Billigkeit dem Schuldner gegen das strenge Recht des Gläubigers einige Nachsicht ertheilt wissen wollen. Man hat hiebei auf den nächsten Hauptgrund der bürgerlichen Vorschrift Rücksicht genommen, da es sonst nicht zu leugnen ist, daß freilich einige einzelnen Fällen nicht in Eine dieser Classen allein, sondern gewissermaßen auch zugleich in eine andere gerechnet werden dürften. Schwierigkeiten dieser Art sind überhaupt in unserer Wissenschaft nicht zu vermeiden, man mag bei dem Vortrag eine Methode zum Grunde legen, welche man will. z. B. Das beneficium competentiae, welches die Gesetze den Soldaten und Vasallen beilegen, kann in einem und andern Betrachte sowol in der zweiten, als auch in der dritten Classe seinen Platz behaupten; weil inzwischen *favor debitores* hier den nächsten Grund der gerichtlichen Unwirksamkeit ausmacht, so habe ich kein Bedenken gefunden, diese Fälle in die dritte Classe, wo überhaupt die gedachte Rechtswolthat vorkommt, zu rangiren.

§. 80.

Der Regel nach steht es den Parteien frei, in ihren Privatangelegenheiten die Rechte und Verbindlichkeiten anders zu reguliren, als die positiven Gesetze es bestimmet haben.

Ehe

Ehe wir die einzelnen Fälle der ersten Classe besonders angeben, wird im Allgemeinen noch etwas über die Frage zu sagen sein: ob und in wie fern den Parteien frei steht, in ihren Privatangelegenheiten Rechte und Verbindlichkeiten anders zu bestimmen, als es die Regel des Civilrechts mit sich bringen würde? Es folgt nicht, daß eine Verabredung, oder andere Privatdisposition darum gleich ungültig oder unwirksam sei, weil sie mit gewissen positiven Bestimmungen nicht übereinkommt. Freilich, wenn aus einer positiven Vorschrift die Absicht der Gesetzgebung deutlich erhellet, daß dadurch den Privatverfügungen gewisse Gränzen gesetzt werden sollen, wenn schlechterdings gebietende oder verbietende Gesetze die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit gewisser Privatdispositionen bestimmen, so hat es kein Bedenken, daß die Gültigkeit der letztern, und mit derselben ihre gerichtliche Wirksamkeit von der Uebereinkunft mit den Vorschriften der Gesetzgebung abhängt. Davon ist im vorigen Abschnitte ausführlich gehandelt worden. Anders verhält sich aber die Sache, wenn die Gesetze überhaupt nur in den Angelegenheiten des Privatverkehrs gewisse Regeln vestsetzen, wonach der Richter in gegebenen Fällen die rechtlichen Folgen des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte, der Verträge ꝛc. bestimmen soll. Dadurch wird den Mitgliedern des Staats das

Recht

Recht nicht entzogen, durch Verträge und einseitige Handlungen über sich und ihr Vermögen zu disponiren; vielmehr sind ihre Verfügungen so lange vollkommen rechtsgültig, bis ausdrückliche Gesetze den Handel entweder ganz ungültig erklärt, oder die gerichtliche Hülfe versagt haben. Moser sagt: „Der „natürlichen Freiheit, die einem jeden Menschen „auch in despotischen Staaten vergönnet bleibt, ist „nichts gemäßer, als daß, wenn einige Personen „über ihre Privatangelegenheiten paciscren, dieß „pactum ohne weitere Confirmation gültig sei, und „in contradictorio darauf gesprochen werden müsse, „es wäre denn, daß die Gesetze bei einem oder dem „andern Fall wirklich das Gegentheil statuirten [1])." Wenn inzwischen einzelne Mitglieder der bürgerlichen Societät sich in diesen oder jenen Rechtshandel einlassen, diesen oder jenen Vertrag mit andern schließen, so lassen sie es sich selten angelegen sein, und die wenigsten sind überhaupt fähig, auf alle mögliche künftige Fälle mit Rücksicht zu nehmen, und was dabei Rechtens sein solle, gehörig im Voraus zu bestimmen. Wie viele Ehen werden nicht geschlossen, ohne daß die wichtigsten Angelegenheiten beider Ehegatten, worüber in der Folge Streit entstehen kann, durch Verträge unter ihnen im voraus

regu-

1) Familien Staatsrecht der teutschen Reichsstände. Th. 2. §. 125. n. 6.

reguliret werden; wie mancher Kauf- Tausch- Leih- Contract ꝛc., ohne bei Errichtung desselben an die möglichen Fälle, der Gefährde, des Betruges, der Fahrläßigkeit u. s. w. zu denken, oder solche durch wechselseitige Vereinbarung zu bestimmen. Was die Natur der Sache, die Vorschriften des Vernunftrechts in solchen Fällen mit sich bringen, ist nicht so ausgemacht, als die Resultate in der Rechenkunst, wo die Data und die Regeln des Verfahrens so bestimmt sind, daß keiner mit Vernunft solche anders denken kann, mithin, wie viele Personen auch immer eine Aufgabe ausrechnen, die Summe bei allen doch immer dieselbe sein muß. Nicht mit eben der Evidenz folgt in juristischen Problemen die Schlußfolge immer aus den Vordersätzen. Die Entscheidung dessen nun, was die Parteien selbst unbestimmt gelassen haben, lediglich dem Ermessen des Richters anvertrauen, so wie er etwa glaubt, daß die Natur der Sache und die Regeln des Vernunftrechts den vorkommenden Fall entscheiden, würde eben so viel sein, als eine gleiche und sichere Justizpflege von einem bloßen Ungefehr erwarten wollen. Um dieß zu verhüten, und überall Ordnung und Ruhe des Ganzen zu befördern, hat die Gesetzgebung selbst die von der freien Willkühr der Unterthanen abhängenden Privatangelegenheiten mit in ihr Gebieth gezogen, die Rechte

und Verbindlichkeiten der Contrahenten bestimmt, damit es für jeden Fall nicht an gewissen Regeln zur Entscheidung vorkommender Streitigkeiten fehlen möge. z. B. Wenn ein Kauf- oder Pachtcontract geschlossen worden, wie es gehalten werden soll, wenn die verkaufte oder verpachtete Sache unbrauchbar ist, wenn eine oder beide Parteien sich säumig in Leistung des Schuldigen beweisen, wenn ein Dritter die Sache evincirt, u. d. m. Wenn aber solchergestalt in den Gesetzen für die vorzüglichsten Fälle möglichst gesorgt, die Natur eines jeden Geschäftes genau bestimmet, der ganze Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, welche daraus entstehen können, berichtigt ist, so läßt sich doch der Regel nach bei diesen gesetzlichen Bestimmungen nur die Absicht annehmen, damit dasjenige, was die Contrahenten selbst nicht regulirt haben, nicht ganz ohne gewisse Vorschrift dem Gutbefinden der Gerichte überlassen bleiben möge. „Die Regenten," sagt **von Tevenar** [2]), „sind in Absicht der Privatgeschäfte der Unterthanen mehr Rathgeber, als Gebiether; ihre „Aufmerksamkeit muß nur darauf gerichtet sein, daß „sich Ruhe, Sicherheit und Wolfahrt über das „Ganze verbreite. Wie es also einem jeden frei „steht, selbst in der Welt eine Rolle zu spielen, oder „sich in ein Kloster zu begeben, und Statt seiner „Ver-

2) Versuch über die Rechtsgelahrtheit. S. 19.

„Vernunft die Klosterregeln zur Norm seines Lebens „zu machen, so ist auch den Parteien unbenommen, „die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung ih„rer Rechtsgeschäfte selbst zu bestimmen, oder es „dieserhalb bei den gesetzlichen Vorschriften zu las„sen;“ vorausgesetzt, daß das Civilrecht durch wirklich verbietende Gesetze ihnen diese Befugniß nicht entzogen, oder den Richter nicht ganz bestimmt angewiesen hat, auf andere Privatverfügungen keine Rücksicht zu nehmen. Wenn daher **Pütter** schreibt [3]): „Was aber Dinge sind, die das Recht der Natur „auf willkührliche positive Bestimmungen ankommen „läßt, da ist doch bei weitem noch nicht die Folge, „daß solche Dinge ohne Unterschied durch gesetzliche „Vorschriften der höchsten Gewalt bestimmt werden „müßten;“ so wird ein Jeder aus Gründen, die wir oben bemerkt haben, sehr leicht erachten, daß diese gesetzlichen Bestimmungen an sich und überhaupt genommen sehr nöthig sind, um weitläuftige Rechtshändel und üble Folgen zu verhüten, welche unvermeidlich sind, wenn alles, was die Parteien selbst nicht schon im voraus bestimmt haben, dem schwankenden Ermessen der Gerichte Preis gegeben wird. Wenn aber dieser berühmte Schriftsteller hinzufügt: „Vielmehr ist es für die natürliche Frei-

3) Beiträge zum teutschen Staats- und Fürsten-Rechte. Th. 2. S. 10. u. 13.

„heit nur gar zu wesentlich, daß darin jedem Men„schen, jeder Familie, jeder Gesellschaft ungebun„dene Hände gelassen werden, ihre Einrichtung nur „nach ihrem Gutdünken und nach Befinden ihrer „Umstände zu machen:“ so ist hiebei noch zu erinnern, daß durch die alleinige Bestimmung der Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung der Privatgeschäfte des Unterthanen, nicht sofort seine natürliche Freiheit eingeschränkt, noch ihm die Befugniß genommen wird, selbst in vorkommenden Fällen ein anderes zu verabreden und zu beschließen, sondern daß durch dergleichen bürgerliche Anordnungen nur angedeutet wird, was man in Dingen, die man selbst unbestimmt gelassen hat, im Wege Rechtens zu erwarten habe. Nur dann erst wird ihre natürliche Freiheit eingeschränkt, wenn neben der gesetzlichen Bestimmung zugleich den Privatdispositionen, welche etwa davon abweichen sollten, die rechtliche Wirksamkeit versagt wird. Selbst das Römische Recht, ob es gleich in einzelnen Fällen mehrere Einschränkungen dieser Art enthält, als wir nach unserer heutigen Verfassung annehmen dürfen, setzt doch überhaupt die Regel veste: Pacta dare legem contractui, — obligationum causas pactione immutari posse — contractum ex conuentione legem accipere [4]); und wir dürfen den Leser nur an die sogenann-

4) L. 23. und 27. D. *de Regul. iur.* L. 7. D. *de pact.* L. 1. D. *depositi.*

genannten naturalia oder die adminicula contractuum [5]) erinnern, um den vielfältigen Gebrauch von diesen Regeln zu zeigen. In emtionibus, sagt der Römische Jurist, scimus quid praestare venditor debeat, quidque contrario emtor. *Quodsi in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id seruari debebit* [6]). Bei dem Allen aber ist nicht zu leugnen, daß die Gesetze hin und wieder die erwähnte Befugniß der Contrahenten sehr eingeschränkt haben, indem sie theils gewisse Formen der Verträge zwar nicht schlechterdings gebieten, aber doch nur ihnen die völlige Wirksamkeit in Gerichten zugestehen; theils in Ansehung der vorkommenden Rechtsgeschäfte gewisse Merkmale und Folgen unbedingt vestsetzen, dergestalt, daß alle Verpflichtungen, welche entweder mit jenen Formen, oder mit diesen einmal angenommenen Grundsätzen und Folgen nicht übereinkommen, als bloß natürliche Verbindlichkeiten im strengsten Verstande in bürgerlichen Gerichten nicht mit völliger Wirkung geltend gemacht werden können. Diese Fälle sind es, welche wir jetzt etwas näher zu betrachten haben.

§. 81.

Erste Classe; einzelne Fälle natürlicher Verbindlichkeiten, welche mit den bürgerlichen

5) L. 72. D. *de contrah. emt. vend.*
6) L. 43. D. *de pactis.*

Bestimmungen der Privatgeschäfte nicht übereinkommen, und darum den völligen gerichtlichen Effect nicht haben.

Nach dem Römischen Rechte gehören hieher

A. Die simplen Verträge (pacta nuda) überhaupt [1]).

B.

1) L. 7. §. 5. L. 45. D. L. 10. C. *de pactis* L. 15. D. *de praescr. verb.* L. 27. C. *Loc. cond.* Paullus Lib. 2. Sent. Tit. 14. Vermöge der angeführten Gesetze ist das pactum nudum nicht klagbar. Daß aber die natürliche Verbindlichkeit per modum exceptionis urgirt werden könne, und wegen derselben das Zurückhaltungsrecht, die Compensation und Abrechnung Statt finden, erhellet aus L. 7. §. 4. und 7. L. 41. D. L. 27. §. 6. L. 5. 6. *de pact.* §. 3. und 9. I. de except. L. 13. und 19. pr. D. *de cond. ind.* L. 6. C. de *compensat.* Ueber die eigentliche Bewandniß der Römischen Theorie von Verträgen und Contracten ist viel geschrieben. Vorzüglich haben sich um diese Lehre verdient gemacht: *Gerard* Noodt libro singulari ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus, Opp. omn. T. 1. p. 421. *C. F. G.* Meister de in factum actionibus c. 1. §. 3. seqq. Opusc. sylloge 1. pag. 312. *de* Selchow iur. rom. anteiust. §. 749. *Joh. Gottl.* Langsdorff Tractat. de pactis et contractibus romanor. Manhem. 1777, im Auszuge mit beigefügten Anmerkungen von Hugo, in dessen Civil. Magazin. I. 391. *Joh. Gottl.* Mueller Disputatio ad historiam iuris romani de contractibus antiquissimam, welche dessen vindiciis contractus aestimatorii Lips. 1778. vorangeschickt ist —. Als Muster einer treflichen Erklärung der einzelnen Gesetze des Titels de pactis verdient die Sammlung der Römischen Gesetze, mit erläuternden Anmerkungen (von Höpfner) Frankf. und Leipzig 1785. vorzüglich angemerkt zu werden.

B. Die Nebenverträge, welche nicht sofort bei Eingehung eines contract. bon. fid. geschlossen worden sind, und ferner

C. diejenigen Nebenverträge, deren Inhalt mit der Natur des Hauptgeschäftes, so wie solche in bürgerlichen Gesetzen bestimmt ist, nicht übereinkommt [2]): z. B. 1) Die Verabredung, daß der Ehemann wegen der auf den Brautschatz verwandten nothwendigen Kosten keine Vergütung fordern [3]); 2) daß er sich des beneficii competentiae gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn von ihnen der dos zurückgefordert würde, nicht bedienen wolle [4]); 3) daß der Pfandgläubiger die verpfändete Sache bei entstehender Zahlung gar nicht veräußern dürfe [5]); 4)

2) *Joh. Bernh.* Friese (Respond. auct. Bergmann) *de pacto adiecto* Ienae 1694. th. 12. 13. Langsdorff *de pactis et contractibus* §. 178.

3) L. 5. §. 2. D. de pact. dotalibus: Et si conuenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est seruandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.

4) L. 14. §. 1. D. *Soluto matrim.*: Eleganter quaerit Pomponius, si paciscatur maritus, ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum seruandum sit? Et negat seruari oportere. Quod quidem et mihi videtur verum.

5) L. 4. und 5. D. de pign. act.: Ubi vero conuenit, ne distraheretur, creditor si distraxerit furti obligatur, *nisi ei ter fuerit denunciatum, ut soluat et cessauerit.* Idque iuris est, siue omnino fuerint pacti

das Verſprechen der Zinſen beim Darlehn [6]); 5) der Vertrag, daß Ein Geſellſchafter allen Erwerb gewinnen, und ein anderer allen Verluſt allein tragen ſolle [7]); imgleichen 6) daß eine Geſellſchaft oder Gemeinheit nur mit Einwilligung aller Intereſſenten aufgehoben werden könne [8]); 7) die Verabredung, daß ein ſogenanntes precarium vor Ablauf einer gewiſſen Zeit nicht wiedergefordert werden dürfte [9]); 8) die Conventionalſtrafe bei Verlobungen [10]). — Im Allgemeinen iſt man zwar vermöge

pacti ne veneat, siue in summa, aut conditione aut loco contra pactionem factum sit. — *Anton.* Faber Error. Pragmaticor. 87. 3. etc. Cannegieter Obseruat. II. 7. Rygerbos Obseru. c. 15.

6) L. 1. 3. 4. 7. C. de usuris L. II. §. 1. D. de reb. cred. *J. H.* Boehmer de usuris pecuniae mutuaticiae, in Exercit. ad Pand. Tom. IV.

7) L. 29. §. 2. D. pro Socio.: Societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret. *Imm.* Weber Dissertat. de Societate leonum, Giessae 1713.

8) L. 14. und 70. D. pro Socio. Daß unzeitige Aufkündigung, welche ſchon natürlich ungerecht iſt, Niemandem frei ſtehen könne, verſteht ſich von ſelbſt.

9) L. 12. D. *de precario.*

10) L. 139. D. de V. O. in den Worten: Agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi. L. 71. §. 1. D. de condit. et demonstr. L. 5. C. de sponsal. L. 2. C. de inut. stipul. *Matth. Nic.* Braun de poena conuent. maxime in matrimonio, Jenae 1707. Hellfeld de effectu poenae conuent. sponsal. adiectae, in Opusc. N. 17.

möge deutlicher Vorschriften des Römischen Rechts darüber einverstanden, daß Nebenverträge, welche mit dem Wesen des Hauptgeschäfts nicht übereinkommen, keine rechtliche Wirkung haben. Weil aber durch den Nebenvertrag die Hauptsache selbst in einigen Fällen dergestalt verändert werden kann, daß sie zu einer andern Art von rechtsgültigen Geschäften übergeht: so hat man geglaubt, das ganze Verhältniß der Sache nach dem Römischen Rechte in folgender Regel richtig darzustellen: Alle Verträge, welche den wesentlichen Merkmalen eines Geschäfts widersprechen, sind **als Nebenverträge** zwar nicht vollgültig; sie bestehen aber in so fern, als sie an sich einen andern rechtmäßigen Hauptcontract ausmachen. So zum Beispiele ist das Versprechen der Zinsen beim Darlehne nicht klagbar, weil es der Natur des letztern, als eines contractus gratuiti nach Römischen Rechtsbegriffen zuwider ist. Wenn hingegen das commodatum unter Bedingung eines Lohns geschlossen wird, so besteht der Vertrag an sich, und wird nun als Pacht- oder Miethcontract behandelt, wenn gleich die Parteien ihrer Verabredung den Namen eines commodati beigelegt haben [11]). Ganz allgemein scheint indeß diese Bestimmung der Sache dem Römischen Rechtssysteme

11) Friese de pact. adiect. th. 12. 13. Langsdorff de pactis et contract. §. 178.

nicht gemäß zu sein. Sonst würde Celsus den Vertrag, daß ein precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht sollte wieder gefordert werden können — eine Modification, die zwar der Natur des precarii widerspricht, wol aber den Handel zum commodato umschafft — keinesweges als unwirksam verworfen haben [12]). Andere Rechtslehrer sind daher der Meinung, daß überhaupt, in Ansehung der Nebenverträge, welche dem Wesen des Hauptgeschäfts, wobei sie vorkommen, zuwider sind, keine ganz allgemeine Regel anzugeben, sondern nur darauf zu sehen sei, was die Gesetze bei jeder einzelnen Art der Geschäfte besonders vorgeschrieben haben [13]). Folgende Bemerkungen über die eigentliche

12) Und gleichwol sagt er in cit. L. 12. D. *de precario*: Quum precario aliquid datur, si conuenit, ut in Calendas Julias possideat, numquid exceptione adiuuandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla *vis* est huius conuentionis, ut rem alienam inuito domino possidere liceat.

13) Voet commentar. ad Pandect. Tit. de pactis §. 5. verb.: Si pactum adiicitur ita, ut ipsam contractuum subuertat substantiam, generali non potest definitione tradi quid iuris sit; quandoque enim totum vitiatur negotium, dum forte impossibilia pacto comprehensa sunt. L. 31. D. de obligat. et actionib.; quandoque valente principali negotio irritum est et inutile pactum adiectum, veluti si id in deposito aut precario actum fuerit, ne intra certum tempus rem depositam, precarioue concessam

gentliche Bewandniß der Römischen Rechtstheorie von den Nebenverträgen werden die Sache vielleicht etwas mehr berichtigen, und uns zugleich den Weg bahnen, den heutigen Gebrauch desto richtiger zu beurtheilen.

§. 82.

Fortsetzung.

Wie im Römischen Rechte ein für allemal der Grundsatz veste steht, daß pacta nuda keine Klage hervorbringen, so ist es auch von den Nebenverträgen ausgemacht, daß sie nur als Accessorien des Hauptvertrags einen rechtlichen Bestand behaupten. Sie können daher die Hauptverbindlichkeit zwar in mancher Hinsicht näher bestimmen, aber sie müssen die Natur und den wesentlichen Zweck derselben unverändert lassen, oder sie hören auf, wirksam zu sein, weil

sam repetere liceat; L. 1. §. 45. 46. D. Depositi; L. 12. D. de precario; quandoque ipsum immutatur principale negotium, sic ut ex vi pacti contra substantiam adiecti transeat in aliam negotii speciem, quod fit in emtione inita cum pacto de pretio non soluendo, argum. L. ult. D. pro donato, iunct. L. 36. et 38. D. de contrah. emt. vendit.; uti et in donatione mortis causa cum pacto ut nullo casu reuocetur; L. 27. D. de mortis causa donat. Auch *Gerard.* Noodt de pact. et transact. c. 19. bemerkt bei dieser Gelegenheit: Non oportere nos, qui leges non ferimus sed interpretamur, ubique a simili ad simile procedere, sed quid in quoque negotio receptum, animaduertere.

weil sie an sich keinen eigenen Bestand haben [1]). Hieraus ergiebt sich 1) der Grund, warum die Nebenverträge den contractibus bonae fidei sogleich angehängt werden mußten. Denn nur so lange das Hauptgeschäfte noch nicht völlig abgeschlossen war, konnten die Nebenverträge als Theile desselben angesehen werden; so lange war es Ein Handel, und mithin ließ sich die Hauptklage mit auf das Nebenversprechen extendiren. Was aber nach abgeschlossenem Hauptcontracte allererst verabredet wurde, konnte nicht als Theil desselben mehr angesehen, folglich auch die Hauptklage darauf nicht erstreckt werden —; 2) Warum die Nebenverträge bei den Geschäften stricti iuris gar nicht klagbar waren, sie mochten sogleich, oder in der Folge allererst hinzugefügt sein; denn die Hauptklage, deren wesentliches Fundament hier in der feierlichen Formel bestand, war auf die simplen Nebenverträge gar nicht anwendlich [2]); 3) Warum bei allen rechtlichen Ge-

1) *Gerh.* Noodt de pactis et transactionibus Cap. XI. XII. *Joa. Volckm.* Bechmann de pactis adiectis, Jenae 1659. *Joa.* Pomeresch *de pactis adiectis*, Gryph. 1656. *Joh. Fernand. de* Retes de pactis adiectis; in Meermanni Thesaur. iur. Tom. VI. — Die beim vorigen §. angeführte Sammlung der Römischen Gesetze von Höpfner enthält besonders auch über die pacta adiecta lehrreiche Erläuterungen.

2) *Cornel. van* Byncкershoeck Lib. Singul. ad L. 40.

Geschäften die Nebenverträge keine Klage begründeten, welche mit dem Wesen der Hauptverbindlichkeit, so wie solches in den Gesetzen zum Grunde lag, nicht übereinkämen, obgleich die Gesetze in einigen Fällen gestatteten, daß Nebenverträge, welche im Grunde einen andern Hauptcontract ausmachten, nach der Natur des Letztern behandelt werden sollten. (§. 81. not. 13.)

§. 83.

Ueber den heutigen Gebrauch dieser Römischen Gesetze.

Man ist zwar ziemlich darüber einverstanden, daß in unsern Gerichten die rechtliche Wirkung der Verträge von jenem Römischen Unterschiede inter pacta nuda et contractus nicht abhängig sei — daß die Römischen Grundsätze von genannten und ungenannten Contracten — von Geschäften stricti iuris und bonae fidei sowol überhaupt, als auch besonders in Rücksicht auf Nebenverträge keine Anwendung leiden — daß es in der Wirkung gleichviel sei, ob der Nebenvertrag gleich Anfangs mit dem Hauptgeschäfte verbunden, oder in der Folge erst geschlossen worden sei [1]) —. Es wird daher auch nicht nöthig sein,

40. D. de rebus creditis, und Dissert. de pactis iuris stricti contractibus in continenti adiectis; in Opusc. cum. praefat. *Conradi* Tom. 1.

1) *Michael* Grassus collat. iur. ciuil. rom. cum reces-

sein, uns auf die abweichenden Meinungen einiger Rechtslehrer umständlich einzulassen, welche die Richtigkeit dieser fast durchgängig anerkannten Grundsätze zu bestreiten, und zum Theil die bloßen Verträge — pacta nuda — im Gegensatz der Contracte so zu erklären gesucht haben, daß sie auch bei uns schon vermöge des Vernunftrechts keine Klage würden begründen können [2]); dahingegen Andere im neuern Römischen Rechte selbst bereits eine gänzliche Abschaffung der ältern Subtilitäten [3]), und wiederum

recessib. imper. German. etc. pag. 1009. hat zwischen den Nebenverträgen, die sogleich dem Hauptgeschäfte angehängt, und denen, die in der Folge erst verabredet werden, auch nach heutigen Rechten noch verschiedene Differenzen angegeben, die aber die gerichtliche Wirksamkeit an sich gar nicht treffen.

2) *Henr.* Bodini Vindiciae pactorum iuris romani ad demonstrandum nec hodie ex nudo pacto actionem competere. Halae 1696. Wäre seine Meinung, welche dahin geht, daß pacta nuda selbst nach Römischen Rechtsbegriffen nichts anders andeuteten: als sogenannte Tractaten oder auch Erklärungen und Zusagen ohne Absicht sich wirklich zu verbinden, und Andern Rechte zu bewilligen, dem wahren Sinne der Römischen Gesetze gemäß, so hätte aus so unverbindlichen Aeußerungen nicht nur keine Klage, sondern durchaus gar keine gerichtliche Wirkung Statt finden können; und doch konnten pacta nuda durch Einreden aller Art vor Gericht geltend gemacht werden.

3) Diese Meinung, von welcher *Jac.* Voorda Elector. cap. 21. nicht unrichtig bemerkt, quod stragem ea res per omnes ferme iuris Justinianei partes faceret

um Andere in der allgemeinen Reception des Römischen Rechts immer noch einen zureichenden Grund für dessen Anwendbarkeit auch in dieser Materie zu finden glauben [4]). Dieß alles ist freilich in unsern Rechtssystemen schon gründlich widerlegt. Aber darum glaube ich doch, daß die gewöhnliche Theorie vom heutigen Gebrauch des Römischen Rechts in der Lehre von Verträgen und Contracten in gewissem Betrachte nicht ganz vollständig, und wenigstens die allgemeine Anweisung, daß man in unsern Gerichten den Grundsätzen des Naturrechts folge, nicht genügend sei. Ich bin nicht gemeint, diesen Grundsatz von der Seite anzufechten, daß man neuerer Zeit wieder angefangen hat, die vollkommene Verbindlichkeit aus Verträgen selbst nach dem Naturrechte zu bestreiten [5]). Ich habe vielmehr im-

ret — ward besonders vermöge L. 10. C. *de contrah. stipulat.* und §. 1. I. de Verbor. obligat. von Leyser Spec. 39. Med. 5. vertheidigt. Man sehe auch *Francisc.* Hötmann ad §. 13. I. de inutilib. stiplat. Ueber den Ungrund derselben ist Voorda l. c. und Höpfner im theoret. pract. Commentar. §. 811. nachzulesen.

4) v. Selchow elementa iur. german. §. 580.

5) Schmalz reines Naturrecht §. 104. ꝛc. Dieser behauptet daher auch, daß die Römer in ihrer Gesetzgebung dem Naturrechte ganz getreu geblieben wären, indem bei ihnen Anfangs nur die Verträge gegolten hätten, vermöge welcher eine wirkliche Leistung, die allein nur ein vollkommenes Recht bewirken könnte, geschehen wäre — genannte und ungenannte Real-con-

immer bei dem bisherigen Vortrag geglaubt, jene Verbindlichkeit an sich als wahr und gewiß voraussetzen zu dürfen, da es wol sehr einleuchtend ist, daß der Mensch durch seine Willenserklärung Andern Rechte ertheilen kann, daß derjenige, dem ein Versprechen geschieht, durch Annehmung desselben diese Rechte zu den seinigen macht, und daß also der Promittent, welcher sein Versprechen nicht erfüllt, das erworbene Recht des Andern verletzt, mithin ihn zur Anwendung rechtlicher Zwangsmittel berechtigt, so wie man gegen jeden Räuber und Betrüger zur schützenden Gewalt befugt ist [6]) —. Darin scheint aber

contracte —; wonächst die Nothwendigkeit veranlaßt hätte, die **Consensualverträge** zu sanctioniren, für die übrigen Arten der Verträge aber gewisse Formeln zu bestimmen, und endlich einige einzelne Arten der Verträge auch ohne den Gebrauch jener Formeln für verbindlich zu erklären — **pacta non nuda** — vestita etc. Der consequente Verfasser der Beiträge zur Berichtigung der Urtheile des Publicums über die Französische Revolution ist in seinen Behauptungen gegen die Verbindlichkeit der Verträge noch weiter gegangen. Man sehe aber dagegen **Ludw. Heinr. Jakob** Philosophische Rechtslehre §. 299, imgleichen **Heydenreich** System des Naturrechts 1sten Theil, p. 287. §. 6. **Maaß** über Rechte und Verbindlichkeiten, Cap. 6. p. 66. ꝛc.

6) Nur von solchen Zusagen und deren Annehmung kann natürlich hier die Rede sein, wo sowol der Gegenstand des Versprechens, als auch die Willenserklärung selbst keinen hinreichenden Grund darbiethen, um die ernstliche

aber die gemeine Lehre den Vorwurf der Unvollständigkeit zu verdienen, daß man bei den einzelnen Vorschriften dasjenige, was eigentlich nur Folge jener Römischen bei uns nicht anwendlichen Rechtstheorie ist, nicht immer sorgfältig genug von dem unterschieden hat, was aus andern Gründen, die auch bei uns noch fortdauren, angeordnet worden ist. Dieser Mangel im Systeme zeigt sich besonders in Ansehung der Nebenverträge, welche mit dem Wesen gewisser Hauptgeschäfte, wobei sie etwa vorkommen, nicht übereinstimmen, und in Ansehung der darüber im Römischen Rechte enthaltenen Vorschriften. Man hat es überhaupt, so viel ich weiß, bisher noch nicht der Mühe Werth gefunden, den heutigen Gebrauch dieser Vorschriften vollständig zu untersuchen, daher es nicht undienlich sein wird, die Sache etwas näher zu erwägen.

§. 84.

Fortsetzung.

Beruhet die Ursache der gerichtlichen Unwirksamkeit solcher Verträge nach Römischen Rechten

 bloß

liche Absicht dem Andern Rechte zu übertragen, mithin sich verbindlich zu machen, bei dem Versprechenden nicht anzunehmen. Jakob l. c. §. 292. Die Einwürfe Schaumanns im wissenschaftl. Naturrechte §. 360. ꝛc. führen nur dahin, daß nicht jede Zusage und deren Annehmung ein vollkommenes Recht gebe, welches

bloß darauf, weil man sie **als Nebenverträge** mit der Natur der Hauptsache nicht vereinbarlich fand, und daher die Klage aus dem Hauptgeschäfte dabei nicht anwendlich war, oder durch solchen Nebenvertrag keine Abänderung leiden konnte, dieser letztere aber **an sich** als pactum nudum nicht wirksam geachtet ward, so können wir sicher schließen, daß heutiges Tages das Gegentheil eintreten muß; indem kein Grund vorhanden ist, warum ein Vertrag, dem nichts weiter, als diese bloß Römischen Grundsätze, entgegen steht, bei uns nicht an und für sich schon bestehen, und in bürgerlichen Gerichten klagbar sein sollte. Es können daher nicht allein die versprochenen Zinsen beim Darlehn, vermittelst einer Klage, gefordert werden; sondern es ist auch die sogenannte societas leonina heutiges Tages, wenn nicht als eigentlicher Gesellschaftscontract, doch als Pactum allerdings im Wege Rechtens für gültig zu achten [1]), wenn nämlich in facto kein Zweifel Statt findet, daß man wirklich diese Ungleichheit gewollt habe, welches freilich in Ermangelung eines zulänglichen Beweises nicht vermuthet werden kann.

Eben

ches nicht zu leugnen ist, daher auch Heydenreich l. c. eigentlich nicht mit diesem Schriftsteller, sondern mit denen, welche die Verbindlichkeit der Verträge überhaupt leugnen, zu streiten gehabt hätte.

1) *Otto Lud. ab* Eichmann de pactis iure romano illicitis, iure naturali validis, Halae 1750. §. 18.

Eben dieß gilt ferner von der Verabredung, daß das Precatium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wiedergefordert werden solle, deren Wirksamkeit man in unsern Gerichten ohne Grund bestreiten würde. So war auch die Verwillkührung des Ehemannes, daß er die auf den Brautschatz verwandten nothwendigen Kosten nicht wiederfordern, noch in Anrechnung bringen wolle, bloß darum unwirksam, weil sie mit der Natur des Heirathsguths und dieser Kosten nicht übereinkam, mithin nach den Grundsätzen behandelt werden mußte, welche bei Verträgen dieser Art überhaupt eintraten. Bei uns behauptet aber ein jeder Vertrag seine eigenthümliche verbindende Kraft, und folglich ist nicht abzusehen, warum das gedachte Versprechen nicht heutiges Tages in Gerichten seinen Bestand behalten sollte [2]). Ein Gleiches gilt auch von der Conventionalstrafe bei Verlobungen, obgleich von verschiedenen Gelehrten behauptet wird, daß auch heutiges Tages nicht darauf geklagt werden könne [3]). Sie berufen sich, um den Gebrauch des R. R. in diesem Stücke zu rechtfertigen, vorzüglich darauf, daß in den päbstlichen Decretalbriefen eben dasselbe verordnet worden

2) *Joh.* Voet Comment. ad pandect. Lib. 23. Tit. 4. §. 19. sequ.

3) Beust de iure connub. P. 1. C. 4. Braun cit. Diss. §. 15.

sei [4]). Allein die Meinung Anderer, welche das Gegentheil vertheidigen [5]), verdient unstreitig den Vorzug; nur nicht aus dem Grunde, den man gewöhnlich anführt, weil nachherige Verordnungen des Kaisers Leo den Anhang einer solchen Strafe bei Verlobungen für gültig erklären [6]), und der Gerichtsgebrauch dieses recipirt haben soll; sondern eigentlich darum, weil das Römische Recht an sich schon in diesem Puncte bei uns keine Anwendung finden kann, welches folgende Bemerkung eines berühmten Rechtsgelehrten außer Zweifel setzet: Legum romanarum dispositio, quod inhonestum sit, vinculo poenae matrimonia obstringi, ad nostra applicari nequit fora, quia in germania cessat eius ratio, quae in nimia licentia matrimonia et sponsalia dissoluendi, est quaerenda. Inhonestum romanis videbatur, quod moribus maiorum publice adprobatis repugnabat. *Inde quoque diuortiorum repudiorumque licentiae, ab antiquis receptae temporibus ita fauebant, ut poenas conuentas huic licentiae contrarias proinde iudicarent inhonestas* [7]). Dergleichen können wir nach unsern Grundsätzen von den ehelichen Zusagen und

4) Cap. 29. X. de sponsal.

5) Beck de nouell. Leon. C. 2. §. 31. Berger Oecon. iur. Lib. 1. Tit. 3. §. 6. n. 4. u. a. m.

6) Nou. Leon. 18. und 74.

7) Hellfeld de poena conuention. §. 31.

und deren verbindender Kraft, in keinem Betrachte annehmen, folglich ist auch nicht nöthig, zur Rechtfertigung des Nichtgebrauchs jener Römischen Gesetze die besondere Reception der Novellen des Kaisers Leo, und einen derogirenden Gerichtsgebrauch herbei zu rufen. Die Stelle aus den Decretalbriefen der Päbste entscheidet hier nichts, weil sie bloß von Verlobungen unmündiger Personen verordnet, daß die Freiheit, in der Folge davon abzugehen, durch keine Conventionalstrafe weder der Verlobten selbst, noch ihrer Eltern eingeschränkt werden solle; indem jene, als Kinder, sich gar nicht verbindlich machen können, diesen aber das Recht fehlt, ihre Kinder zur Heirath zu zwingen, und solchergestalt die Gültigkeit der Conventionalstrafe leicht üble Folgen veranlassen könnte.

§. 85.

Der heutige Gebrauch fällt nicht durchgängig weg.

In sofern aber die gerichtliche Unwirksamkeit erwähnter Nebenverträge nicht bloß die Folge der Römischen Rechtstheorie von Contracten und Verträgen ist, sondern außerdem noch auf andern Gründen beruhet, welche bei uns nicht so ganz wegfallen, in sofern können wir auch den Verordnungen des allgemein recipirten Römischen Rechts die heutige An-

wendung nicht versagen. Wenn daher 1) die Entsagung des beneficii competentiae von Seiten des Ehemannes nach Römischen Rechten ohne rechtliche Wirkung ist, so liegt der Grund offenbar darin, weil diese Entsagung die Forderungen der Billigkeit vermöge des Persönlichen Verhältnisses der Parteien nicht aufhebt, und die Unbilligkeit in der strengen Rechtsverfolgung nicht mindert, wogegen die Gesetze überhaupt das beneficium ertheilt haben, vielmehr von Seiten des Klägers nicht weniger hart sein würde, wenn er von einer Entsagung Gebrauch machen wollte, wozu sich der Ehemann wol nicht entschlossen hätte, wenn er nicht durch den Gedanken, daß er nicht leicht in solche Umstände gerathen würde, um sich des beneficii bedienen zu müssen, dazu veranlaßt wäre. Der Grund, welcher für die Ertheilung jener Rechtswolthat redet, und eben so auch gegen die Entsagung Statt findet, ist so allgemein und fortdaurend, daß an der heutigen Anwendung der gedachten Vorschrift nicht füglich zu zweifeln sein dürfte. 2) Die Verordnung des Römischen Rechts, betreffend den Vertrag, daß der Pfandgläubiger die verpfändete Sache bei nicht geleisteter Zahlung gar nicht veräußern dürfe, behauptet ebenfalls bei uns ihre völlige Gültigkeit, weil sie nur dazu dient, lästige Folgen zu verhüten, welche das Unbestimmte und Schwankende dieses Vertrages mit

sich

sich führt. Bezahlt muß der Gläubiger werden; eine Entsagung der Forderung selbst liegt in jenem Versprechen nicht; folglich wird am Ende doch aus dem Pfande die Befriedigung geschehen müssen, wenn der Schuldner sie sonst nicht schaffen kann. Da indessen das allgemeine Versprechen, die Pfandstücke nicht veräußern zu wollen, zu allerhand Chikanen Gelegenheit geben kann, so ist es sehr heilsam, wenn die Gesetze bestimmen, wie weit sich eigentlich die Wirkung dieses Versprechens erstrecken solle, wenn die Parteien bloß bei jenen allgemeinen Ausdrücken stehen geblieben sind. Nur auf das unbestimmte Versprechen, ne pignus vendatur, erstreckt sich indessen die gesetzliche Verordnung. So bald daher die hier eintretenden Umstände genau und deutlich angegeben sind, z. B. daß der Gläubiger bloß berechtigt sein soll, das Pfandstück zu haben, und zu genießen, bis der Schuldner es einlösen würde, daß es dagegen lediglich von der Willkühr des Schuldners abhangen solle, ob und wann er die Schuld selbst abtragen und das Pfand einlösen wolle, so ist eine solche Verabredung allerdings zu Recht beständig [1]). 3) Die Römischen Gesetze, welche die Trennung der Gesellschaften und Gemeinheiten dergestalt begünstigen, daß nicht nur jeder Interessent eigenwillig die

1) Faber Error. Pragmat. Dec. 9. Error. 7. Westphal vom Pfandrechte, §. 204.

Societät und Gemeinheit aufkündigen könne, sondern daß auch selbst das gegenseitige Versprechen, beständig in der Societät oder Gemeinschaft zu bleiben, von keiner Wirkung sein solle, diese Verordnungen sind sehr gerecht. Der Mensch verspricht sich gern von der Zukunft mehr, als sie ihm gewährt, und wird er in seinen Hoffnungen betrogen, so darf man wol nicht erwarten, daß er sich selbst als die Ursache davon anklagen werde, sondern sein Gesellschafter ist gemeiniglich der Gegenstand seiner Unzufriedenheit. Daher die richtige Bemerkung: communio est mater rixarum; und da es billig ist, einem solchen unaufhörlichen Anlaß zu Zänkereien möglichst vorzubeugen, so erscheint die Römische Legislation in diesem Stücke durch Gründe unterstützt, welche den heutigen Gebrauch von selbst rechtfertigen.

§. 86.

Zweite Classe, enthaltend diejenigen Fälle, wo das persönliche Verhältniß der Parteien überhaupt, und besonders in ihrer gegenseitigen Beziehung, eine gerichtliche Unwirksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten veranlaßt hat.

Das Römische Recht enthält in dieser Hinsicht wiederum mancherlei Einschränkungen, von denen einige zwar in unsern Gerichten gänzlich wegfallen,

andere

andere hingegen allerdings noch ihre Anwendung finden. Die einzelnen Gegenstände sind folgende: 1) **Die Verbindlichkeit der Knechte**, von denen im Allgemeinen die Regel galt: in seruilem personam nulla cadit obligatio [1]), in sofern nämlich von bürgerlich vollgültigen Verbindlichkeiten die Rede war, oder, wie **Ulpian** es erläutert: Seruus iuris ciuilis communionem non habet in totum, ne praetoris quidem edicti; — unde ex contractibus serui *ciuiliter* quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur, et obligant [2]). Diese natürliche Verbindlichkeit war, so lange die Knechtschaft fortdauerte, durchaus ohne allen Effect [3]), die Fälle abgerechnet, wo entweder der Handel das Peculium bezielte, oder die Noxalklage gegen den Herrn eintrat. Nach erfolgter Manumission konnte der Freigelassene wegen Verbrechen, die er als Knecht gegen andere, nicht gegen seinen Herrn, begangen hatte, sogar belangt werden [4]). Aus Verträgen hingegen, die er während der Knechtschaft geschlossen hatte, fand auch nach geschehener Manumission keine Klage Statt [5]), obgleich nunmehr das Constitutum, die

1) L. 22. 32. 209. *de Reg. iur.*
2) L. 20. §. 1. *qui test. fac.* L. 14. D. de O. et. A.
3) L. 14. L. 43. de O et A. L. 19. 20. *de fideiuss.*
4) L. 4. C. *an Seruus pro suo facto.* VINNIUS ad §. 5. I. de noxal. act.
5) L. 1. 2. 5. *an Seruus pro suo facto.* DONELL ad L. 3. C. eod.

Novation, Verpfändung und Bürgschaft mit völliger Wirkung eintreten konnten, und die aus Irrthum geschehene Zahlung wegen der natürlichen Verbindlichkeit nicht zurückgefordert werden durfte [6]), ohne Unterschied, ob der Knecht mit seinem Herrn, oder mit einem Andern contrahirt hatte [7]). Von allen diesen Vorschriften des Römischen Rechts ist freilich bei uns kein weiterer Gebrauch zu machen, weil unsere Leibeigenen nicht so, wie die Römischen Sclaven, aller Rechte und Verbindlichkeiten im bürgerlichen Verstande unfähig sind, folglich Verträge und andere Rechtsgeschäfte derselben der Regel nach völlige gerichtliche Wirkung behaupten [8]). Was man gewöhnlich hinzufügt, daß die Rechte des Herrn durch keine Disposition des Leibeigenen geschmälert werden dürfen, gehört gar nicht hieher, weil in solchem Fall das Unternehmen schon nach dem Naturrecht ungültig ist.

§. 87.

Fortsetzung.

2) Die natürliche Verbindlichkeit solcher Personen, die der väterlichen Gewalt noch unterworfen sind; — Obgleich die ältere Verfas-

6) Schulting de obl. natur. Cap. 8.

7) §. 1. I. L. 56. §. 2. L. 70. §. 3. D. *de fideiuss.* L. 64. *de cond. ind.* Schulting c. l.

8) Stryck caut. contr. S. 1. c. 2. §. 27. Mevius vom Zustand und Abf. der Bauren, 1. 35.

fassung der Römischen väterlichen Gewalt durch neuere Verordnungen sehr eingeschränkt ward: so blieb man doch bei dem Grundsatze, daß wegen Einheit der Person zwischen dem Vater und den Kindern, die noch unter seiner Gewalt stehen, keine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit Statt finden könne. Es ist daher eine bloß natürliche Verbindlichkeit im strengen Verstande; welche nach Römischen Rechten a) zwischen dem Vater und seinen Kindern, b) unter den letztern selbst eintreten kann, und es gilt davon, in Rücksicht auf gerichtliche Wirkung, eben dasselbe, was wir so eben von den Knechten angeführt haben [1]). Andern Personen hingegen kann der Filius Familias nach Römischen Rechten sich dergestalt gültig verbinden, daß schon während der väterlichen Gewalt gegen ihn selbst, wenn er nemlich ein Peculium besitzt, bisweilen auch gegen den Vater eine Klage Statt findet [2]). Nur einen Fall ausgenommen, wovon in folgendem §. mit mehrern.

§. 88.

1) Schulting c. l. c. 9. Hieher gehört vorzüglich die bekannte Stelle aus den Schriften des Africanus L. 38. D. *de cond. ind*, welche so viele Ausleger von Zeit zu Zeit beschäftigt hat. Statt einer Menge, die ich anführen könnte, mag es genügen, den besten zu nennen: *Jac.* Cuiacius *ad African.* Tract. IX. in Oper. omn. Tom. I. p. m. 1552.

2) L. 39. D. de O. et A. L. ult. §. 2. D. de V. O. L. 18. D. *de castrensi pecul.* L. 6. et ult. C. *de bon. qu. lib.* §. 4. I. L. 2. D. *quod cum eo qui in al. pot.*

§. 88.

Fortsetzung.

3) **Insbesondere die aus einer Geldanleihe herrührende natürliche Verbindlichkeit solcher Personen, welche noch unter der väterlichen Gewalt stehen;** Denn bekanntlich findet wegen dieser Verbindlichkeit weder während der väterlichen Gewalt, noch nach deren Aufhebung, weder gegen den Vater noch gegen den Sohn, eine Klage Statt. Einige glauben zwar in dem Senat. Cons. Mac. ein verbietendes Gesetz anzutreffen [1]). Allein dieß ist ungegründet. Die Gesetze wollen nur, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, actio petitioque daretur [2]). Wenn daher gleich an einer andern Stelle [3]) gesagt wird: Senatusconsultum *prohibuit* mutuas pecunias dare eis, qui in potestate parentis sunt; so zeigt doch einestheils der gleich darauf folgende Zusatz: et ei qui credidit, denegatur actio, wohin der Sinn eigentlich geht, und anderntheils kann eine bloße propositio enunciatiua, wie jene Stelle doch ist, uns keine Un-

1) Claprotr iurisprud. heurem. §. 172.

2) L. 1. D. *de Senat. cons. Maced.* Das Geschichtliche dieses Gesetzes betreffend, ist vorzüglich nachzulesen *A. G.* Crameri Diuus Vespasianus; s. de vita et legislatione Vespasiani imp. commentatio, Jenae 1785.

3) §. 7. I. *Quod cum eo, qui in al. pot.*

Unrichtigkeit aufdringen [4]), da vielmehr die Gesetze selbst hin und wieder die aus einer solchen Anleihe vorhandene natürliche Verbindlichkeit anerkannt, und dem Gläubiger nachgelassen haben, solche nur nicht durch gerichtliche Klagen, wol aber durch das Zurückbehaltungsrecht, durch Compensation und überhaupt vertheidigungsweise gericht- und außergerichtlich geltend zu machen [5]); wobei ich doch, was besonders die unstatthafte Zurückforderung des Gezahlten, imgleichen die Einrede der Compensation anbetrifft, auf die im 2ten Cap. des folgenden Abschnitts vorgetragenen Grundsätze verweise, welche auch auf den gegenwärtigen Gegenstand ihre Anwendung finden. Fragt man nach dem heutigen Gebrauch obiger Vorschriften des Römischen Rechts, so ist solcher zwar in Hinsicht des Macedonianischen Rathschlusses keinem Zweifel unterworfen, wegen der übrigen Fälle aber, deren im vorigen §. erwähnt worden ist, sind die Meinungen der Rechtsgelehrten sehr getheilt. Da indessen der Grundsatz, worauf dort alles beruhet, daß nämlich Kinder, die der Vater noch in seiner Gewalt hat, in allen Fällen innerhalb der Familie

4) Walch Controu. iur. Sect. 1. Cap. 2. membr. 2. §. 16. ed. 3. §. 18.

5) L. 10. D. ad S. c. Mac. uerb.: Quia naturalis obligatio manet — L. 6. D. *de compensat.* Etiam quod natura debetur venit. in compensationem.

milie nicht als Personen angesehen wurden [6]), folglich keiner bürgerlich vollgültigen Rechte und Verbindlichkeiten fähig waren, heutiges Tages nicht mehr Statt findet [7]), so kann ich auch denen nicht beipflichten, welche dennoch behaupten, daß auch noch bei uns der Vater mit seinen Kindern, die noch unter seiner Gewalt stehen, keine gültigen Verträge schliessen könne [8]). Denn obgleich das Römische Recht als ein subsidiarisches Gesetzbuch der Regel nach eine gültige Richtschnur abgiebt, um vorkommende Fälle darnach zu bestimmen, so kann es doch in solchen Vorschriften, deren wesentlicher Grund bei uns gänzlich wegfällt, nicht füglich zur Anwendung kommen, weshalb denn auch nicht wenige Rechtslehrer das Gegentheil zu behaupten, und die vollgültige Rechtskraft solcher Verträge in unsern Gerichten zu vertheidigen, kein Bedenken finden [9]). Ein gleiches gilt auch aus eben

6) Gaius Lib. 1. Instit. Tit. 6. §. 3.

7) A. F. Riuinus de figmento fictionis unitatis inter patrem et filium.

8) Wernher S. 5. Obs. 189. Leyser Spec. 21. Med. 5. Heimburg Diss. Difficillima emancipat. capita §. 55. 56. 57. Rentz Dissert. Mixtura iur. rom. et germ. in mat. patr. potest. 1. 2. 26. Hoepfner theoret. prakt. Comment. §. 736.

9) Thomasius Diss. de usu pract. Tit. Inst. de patr. potest. C. 2. §. 9. Berger Oecon. iur. Lib. 1. Tit. 3. th. 16. *Gottl. Gerh.* Titius de contract. patris et liberor. in eius potest. exist. Lips. 1713. §. 59.

eben der angeführten Ursache von den Verträgen, welche dergleichen Kinder nicht mit dem Vater, sondern unter sich eingehen; in sofern nämlich, wie von selbst vorausgesetzt wird, den väterlichen Rechten dadurch kein Eintracht geschiehet.

§. 89. a.

Fortsetzung.

Endlich gab auch das bürgerliche Verhältniß der Contrahenten vorzüglich Gelegenheit, daß nach Römischen Rechten 4) **die gerichtliche Wirkung der Verträge, welche in Ansehung eines Dritten geschlossen werden, sehr eingeschränkt ist.** Die Römer hatten von den Rechten und Vorzügen eines freien Menschen eben so hohe Begriffe, als nichtswürdig und verworfen in ihren Augen die Knechte waren. Von den letztern wissen wir, daß sie nichts eigenes haben, noch für sich erwerben konnten, sondern daß durch sie aller Erwerb lediglich für ihren Herrn geschah. Dieß ward aber auch dergestalt als unzertrennliche Folge der Knechtschaft angesehen, daß es fast unmöglich schien, in irgend einem Betrachte unter freien Menschen ähnliche Wirkungen anzunehmen, und so ward freilich aus übertrie-

§. 59. **Struben** rechtl. Bedenken, Th. 2. Seite 254. Hellfeld iurispr. forens. §. 138. **Westphal** teutsches und reichsständisches Privatrecht, Th. 2. S. 95. **Fischer** Lehrbegriff der Kameral- und Polizeirechte, Th. 1. §. 163.

triebener Subtilität, in dem Römischen Rechtssysteme der Grundsatz herrschend, daß Niemand durch einen freien Menschen Rechte erwerben, noch weniger durch ihn zu irgend etwas verbindlich werden könne [1]). Die Verträge und Stipulationen, hieß es ferner, haben eigentlich nur den Zweck, daß Jeder dadurch sein eigen Beßtes befördern möge [2]). Die Formalität der Stipulation, wobei man bloß an Worte klebte, und auf deren Feierlichkeit die ganze Rechtswirkung beschränkte, kam noch besonders hinzu; ein Dritter, welcher zur feierlichen Handlung selbst nicht mit concurirt hatte, konnte daraus weder klagen noch belangt werden. Diese Grundsätze sind es, welche zumal in den ältern Römischen Rechten manche zum Theil ganz vernunftwidrige Folgen erzeugten, z. B. daß sogar derjenige, welcher zur Schließung eines Vertrages in seinem Nahmen Auftrag ertheilt hatte, dennoch weder Rechte noch Verbindlichkeiten daraus erlangte [3]); und ob man gleich in der Folge bei einzelnen Gegenständen von der übertriebenen Subtilität des ältern Rechts wieder abgewichen, und den Vorschriften der Vernunft näher getreten ist [4]), so haben

1) L. 78. §. 4. de reg. iur. L. 11. de obl. et act. L. 126. §. 1. de verb. obl. L. 1. C. per quas person.
2) L. 38. §. 17. de V. O. §. 18. I. de inutil. stipul.
3) Boehmer de iure ex pacto tertii quaesito, Cap. 1. §. 10. bis 15. incl.
4) Ebenderselbe a. a. O.

haben ſich doch im Ganzen jene ältern Grundſätze durch alle Epochen des R. R. als Regel erhalten. Wenn daher auch in Beſtimmung der Einen Frage: ob und in wie fern Jemand aus Verträgen Anderer **verpflichtet** werden könne? am Ende die Grundſätze des Vernunftrechts faſt gänzlich vorgedrungen ſind, wie die ſogenannten actiones adjectitiae qualitatis mit mehrerm ergeben, ſo verhält ſich die Sache doch ganz anders wenn in gewiſſen Verträgen zum Beßten eines Dritten etwas verſprochen wird, und daher die Frage entſteht, ob dieſer aus ſolchen Verträgen **Rechte** erlangen könne? Hat er zur Eingehung des Handels Auftrag ertheilt, oder iſt der Contract von einer Perſon, die zum Betrieb ſeiner Angelegenheiten überhaupt beſtellet war, geſchloſſen, ſo ſteht ihm freilich nach neuern Römiſchen Rechten eine nützliche Klage zu, ohne daß er ſich den Weitläuftigkeiten der Ceſſion unterziehen dürfte [5]). Allein der Fall, da Jemand zum Beſten eines Dritten etwas verſprochen hat, ohne daß ſein Mitcontrahent bevollmächtigt war, im Nahmen des Dritten zu contrahiren, wird in dem neuern Römiſchen Rechte immer noch in Gemäßheit der ältern Grundſätze dahin beſtimmt, daß es vor allen Dingen darauf ankomme, ob derjenige, dem das Verſprechen

5) L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distr. L. 16. D. de pactis.

wirklich geschehen ist, ein Interesse bei der Erfüllung habe oder nicht? Im letztern Falle bleibt die Sache gänzlich ohne rechtlichen Effect [6]). Im erstern Falle aber, weil der Promissarius selbst auf die Erfüllung dringen, folglich seine Klage dem Dritten abtreten kann, ist, ohne diese Cession als nothwendig zu erfordern, dem Dritten die actio utilis gestattet worden [7]). Es liegt also, wie man deutlich siehet, auch in den neuern Römischen Verordnungen immer noch die Idee des ältern Rechts zum Grunde, daß aus Verträgen, die zum Besten eines Dritten geschlossen worden, es sei Kraft vorhandenen Auftrages oder nicht, eigentlich nur derjenige, welcher selbst contrahirt hat, ein Recht erhalte, und daß dieses Recht von ihm allererst auf den Dritten abgeleitet werden müsse; obgleich, um solches zu bewirken, die feierliche Cession nicht mehr erfordert wird, sondern der Dritte sofort mittelst der ihm gestatteten nützlichen Klage in die Stelle des eigentlichen Contrahenten treten darf. Daß nun diese Grundsätze in unsern Gerichten außer Anwendung sind, wird fast durchgängig behauptet, obgleich

6) Si contrahentis nil interest, nec sibi ius agendi adquirit, nec tertio, quia huic *utilis* demum competit actio, si paciscens ipse ius, quod cedere possit, adquisiuit. Boehmer c. l. Cap. 1. §. 24. n. 2.

7) L. pen. C. ad exhib. L. 3. 4. C. si cert. pet. L. 37. §. 3. D. de Legat. 3. L. 26. pr. D. Depos.

gleich hin und wieder aus Gründen, die nichts weniger als befriedigend sind. Einige [8]) wollen schon aus dem neuern Römischen Rechte den Satz beweisen, daß überhaupt ein Dritter sodann aus Verträgen Anderer klagen könne, wenn er einen Vertrag vor sich hat, welchen Jemand zu seinem Besten mit dem Beklagten getroffen, und vor seiner, des Klägers, Genehmigung nicht wieder aufgehoben hat; ohne darauf zu sehen, ob der eigentliche Contrahent für sich einen Nutzen und Interesse aus dem Handel habe, oder nicht. Sie berufen sich auf L. 5. §. 9. D. *de constituta pecunia* und L. 3. C. *de Donat. quae sub modo.* Allein das erstere Gesetz, welches dahin lautet: Si actori municipum, vel tutori, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita constituatur, municipibus solui, vel pupillo, vel furioso; utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti utilem actionem, handelt von Personen, die Kraft ihres Amts schon vollkommen verbunden sind, das Beste eines Andern zu besorgen, die folglich wegen ihrer eigenen Obliegenheit ein Interesse bei dem Handel haben, und mithin beweiset diese Stelle gar nichts. Die Worte des zweiten Gesetzes: Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id, quod donatum est, alii restitua-

8) Struben rechtliche Bedenken, Th. 3. n. 11. Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden, §. 703.

tur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is, in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictitiae actionis persecutionem competere; sed quum postea benigna iuris interpretatione diui principes ei, qui stipulatus non sit, utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur, enthalten wiederum einen Fall, wo der eigentliche Contrahent besonders dabei interessirt war, daß dem Dritten das Versprechen geleistet würde, weil er selbst zu diesem Zweck aus seinem Vermögen etwas weggegeben, folglich, wenn der Modus nicht erfüllet ward, allerdings ein Recht hatte, das Seinige zurückzufordern. Aus diesem Grunde wird auch dem Dritten die Klage, welche eigentlich dem Schenker zustehen würde, utiliter gestattet: actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. Wir finden auch selbst in den Institutionen des Kaisers **Justinian** [9]) die Regel: Alteri stipulari nemo potest, sed si quis stipuletur alii, *quum eius interesset*, placuit stipulationem valere. Andere setzen den Grund jener Behauptung in einigen Vorschriften des kanonischen

9) §. 19. 20. I. de inutil. stipul.

schen Rechts [10]), die aber den Punct keinesweges im allgemeinen und so bestimmt entscheiden, daß nicht noch wichtige Zweifel übrig bleiben sollten; noch Andere nehmen bloß zu dem Gerichtsgebrauche und der Praxis ihre Zuflucht, ohne sich um weitere Gründe zu bekümmern [11]). Bei dieser Verschiedenheit fehlt es denn auch nicht an Rechtsgelehrten, welche wirklich der Meinung geblieben sind, daß noch heutiges Tages den erwähnten Grundsätzen des Römischen Rechts nachzugehen sei [12]). Unstreitig würde man aber eher zum Ziele kommen, wenn man die Unanwendlichkeit der Römischen Gesetze gradezu daraus ableitete, weil die Gründe dieser Gesetze bei uns nicht Statt finden, vorzüglich aber, weil das Hauptprincipium, worauf die ganze Legislation in dieser Materie sich stützet, **daß man nämlich durch einen freien Menschen kein Recht erwerben könne,** bloß der Römischen Verfassung und Form der Verträge eigen ist, an sich aber keinen vernünftigen Grund hat, und daher auch in Deutschland nie angenommen worden ist. Es wird daher weder eine förmliche Cession, noch der Umweg der sogenannten nützlichen Klagen erfordert, um dem Dritten, zu dessen

10) Alphons. de Olea de cession. Tit. 4. Qu. 9. n. 34. Cap. 17. X. de praeb. in 6to. verglichen mit Cap. 2. de usur. in 6to.

11) Mevius p. 4. Decis. 112. n. 4. 5.

12) Harprecht Cons. 30. n. 344.

Beßten der Vertrag geschlossen ist, ein Recht daraus beizulegen, sobald die Natur der Sache ihn schon als den eigentlich Berechtigten darstellt, z. B. wenn der Vertrag in seinem Nahmen, vermöge seines Auftrags, oder sonst von Personen, die ihn rechtlich vorstellten, geschlossen worden. Aber auch außer diesen Fällen, und selbst da, wo der eigentliche Contrahent, dem für einen Dritten etwas versprochen ward, kein besonderes rechtliches Interesse bei der Sache hatte, wird doch wenigstens unter den Parteien selbst, welche den Vertrag schließen, ein vollkommenes Recht durch ihn gewirkt, welches daher in der Folge allerdings durch die Abtretung auf den Dritten gebracht werden kann [13]).

Genau erwogen dürfte auch

5) **Die Schenkung unter Eheleuten** am schicklichsten in diese Classe zu rechnen sein, da eben das persönliche Verhältniß der Parteien und ihre Verbindung den Grund der positiven Verordnung enthält [14]). Anfangs gehörte diese Schenkung unstreitig zu den durchaus ungültigen Rechtsgeschäften [15]). Nach neuern Gesetzen ist dem Han-

del

13) Wernher p. 1. Obs. 182. Leyser Spec. 519. Med. 4. Stryck Usu Modern. Lib. 2. tit. 14. §. 12. Pufendorf Tom. 2. Observ. 38. §. 20. *Fratr.* Becmannorum Cons. et Decis. Tom. 1. Respons. 5. p. 89. sequ.

14) L. 1. 2. 3. D. *de donat. inter vir. et uxor.*

15) L. 3. §. 10. *ibid.* ipso iure nil valeat.

del zwar die rechtliche Wirkung in so fern versagt worden, daß keine Klage gegen den Schenker Statt findet, vielmehr diesem für seine Person die Befugniß bleibt, den ganzen Handel zu wiederrufen, und das Gegebene zurückzufordern [16]). Allein diese Einschränkungen abgerechnet, ist das Geschäft an sich als gültig anzusehen [17]), besonders aber weder von den Erben des Schenkers, wenn dieser selbst seine Freigebigkeit nicht wiederrufen hat, noch sonst von einem Dritten als ungültig anzufechten [18]).

16) L. 32. *ibid.*

17) cit. L. 32. §. 1. verb.: oratio imperatoris nostri de confirmandis donationibus pertinet ad omnes donationes inter virum et uxorum factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt, et obligatio sit ciuilis —.

18) *God. Lud.* Mencken Diss. de donationibus inter virum et uxorem non ipso iure nullis; in Opuscul. Eiusd. p. 581. etc. Darüber sind indeß die Rechtsgelehrten sehr uneinig, ob der Erbe nur schuldig sei, die schon geleistete Schenkung gelten zu lassen, oder ob auch eine Klage wider ihn Statt finde, um das versprochne und nicht wiederrufene Geschenk zu entrichten. L. 23. D. de donat. inter vir. et uxor. verwirft diese Klage. Hingegen L. 33. ibid. ordnet das Gegentheil. Justinian entschied den Streit für die Zulässigkeit der Klage. Nou. 162. Cap. 1. Diese Novelle ist zwar nicht glossirt; allein was der Kaiser darin vorschreibt, ist seinen bekannten Verordnungen von der Schenkung völlig consequent; er selbst bezieht sich auch auf diese Constitutionen, und nimmt den Grund seiner jetzigen Entscheidung daraus her. In sol-

Das Canoniſche Recht ſtimmt in der Hauptſache mit dem Römiſchen überein [19]), und es iſt daher die Anwendlichkeit in unſern Gerichten deſto weniger zu bezweifeln [20]).

§. 89. *b.*

III. Einſchränkung des gerichtlichen Effects natürlicher Verbindlichkeiten, aus billiger Nachſicht gegen den Schuldner.

Hieher gehören vorzüglich die Verordnungen des bürgerlichen Rechts, wonach einem Schuldner zur Befriedigung ſeines Gläubigers durch richterliche Hülfe nicht mehr genommen werden darf, als es der ſtandesmäßig nothwendige Unterhalt deſſelben zuläßt, d. i. das ſogenannte beneficium competentiae. Die einzelnen Fälle, worin es Statt findet, ſind bereits in

ſolchem Betrachte dürfte auch in unſern Gerichten die Klage nicht füglich zu verwerfen ſein. Man ſehe indeß über die angeführte Controverſe *Arn.* Vinnius select. Quaest. II. 15. Bynckershoeck obseru. V. 18 —. *Ant.* Faber Coniectur. II. 8. Duaren ad Tit. Dig. de donat. inter vir. et uxor. *Ger.* Noodt ibid. *Joh.* Voet Comment. ad Pandectas, d. t. n. 5. u. a. m. Hofacker princip. iur. Rom. Germ. §. 473.

19) Cap. 8. X. *de donat. inter vir. et uxor.*

20) Es verſteht ſich von ſelbſt, inſofern nicht beſondere Deutſche Rechte dagegen vorhanden ſind. J. H. Boehmer de statu donationum inter virum et uxorem antiquo et hodierno; in Eiusd. Exercitat. ad Pand. Tom. IV.

in besondern Abhandlungen vollständig aufgezählt [1]). Mir genügt es daher, dieser Materie in dem Systeme der Jurisprudenz den Platz anzuweisen, wohin sie eigentlich gehört, wenn man sie gründlich behandeln, und richtige allgemeine Grundsätze davon vortragen will. Daß in den hieher gehörenden Fällen durchgängig eine natürliche in Ansehung der gerichtlichen Wirkung eingeschränkte Verbindlichkeit obwalte, fällt in die Augen. Allein daß diejenigen, welche unsere Litteratur mit Lehrbüchern und Systemen der Rechtsgelahrtheit bereichert haben, dieß gehörig beobachtet, und unsern Gegenstand so rangirt hätten, um den wahren Gesichtspunkt genau zu treffen, daran fehlt sehr viel. Denn man pflegt statt dessen nur gelegentlich, wenn etwa eine Materie vorkommt, in welcher dem Schuldner obige Rechtswolthat beigelegt ist, einen Begriff im Ganzen davon anzugeben, und sodann einige andere Fälle, wo dergleichen ebenfalls Statt findet, hinzuzufügen, die dann der Lehrer mündlich mit einer Anzahl ähnlicher Fälle verstärkt, um durch beliebte Zusätze dem Gedächtnisse seiner Zuhörer noch mehr Nahrung zu verschaffen. An eine gehörige allgemeine Theorie von der Sache ist gar nicht zu denken, und da, wo die Materie ihren eigentlichen Sitz

1) L. 173. D. de reg. iur. L. 30. D. de re iud. *Joh. Aug.* Hellfeld Diss. de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure.

hat, bei der Lehre von Einschränkungen des gerichtlichen Effects natürlicher Verbindlichkeiten, wird derselben gar nicht erwähnt. Wenn man aber von diesem Standpunkte ausgehet, so ergeben sich aus dem Grundsatze, daß gedachte Einschränkung aufs strengste zu erklären ist, die Folgerungen von selbst, daß diese Ausflucht nur solchen Personen, und zwar in solchen Fällen zu Statten kommt, welche die Gesetze ausdrücklich genannt haben, folglich weder von den Erben des Schuldners, noch von andern Personen, noch in andern Fällen, als der Buchstabe des Gesetzes mit sich bringt, davon ein Gebrauch zu machen ist [2]) — daß der Schuldner, dem hier nur eine **Einrede** zukommt, keinesweges dadurch berechtigt wird, das Bezahlte zurückzufordern [3]), — daß diese Ausflucht dem Kläger nicht entgegen steht, der nicht sowol aus den Gütern des Schuldners seine Befriedigung sucht, als vielmehr sein Eigenthum vindicirt, weil die Gesetze nur wollen, daß dem Schuldner aus dem Seinigen nicht mehr genommen werde, als es sein standesmäßig nothwendiger **Unterhalt** zuläßt [4]); daß bei Bestimmung des nothwendigen Unterhalts auf die stan-

2) L. 24. §. 1. L. 25. D. de re iud. Hellfeld c. l. §. 8.

3) Cramer *Obseruat. iur. uniuersi*, T. III. Obs. 896. L. 9. D. de cond. ind.

4) *Hugo* Donellus Comment. iur. ciuil. Lib. 14. cap. 7. in fine. Boehmer de act. Sect. 2. c. 7. §. 16.

standesmäßigen Bedürfnisse des Schuldners und seiner Familie, jedoch nur in so fern, als er solche zu ernähren schuldig ist, Rücksicht genommen werden muß [5]), u. d. m.

Sechster Abschnitt.

Erstes Kapitel.

Von den Vorschriften des Civilrechts, wodurch der bisherige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit in der Folge ganz oder zum Theil wieder aufgehoben wird.

---

§. 90.

Gründe dieser bürgerlichen Anordnung.

Ursachen, welche nach dem Naturrechte an sich den Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht befreien, noch die Befugniß des Gläubigers einschränken würden, können gleichwol einen bürgerlichen Gesetzgeber in manchen Fällen veranlassen, dergleichen Aufhebung oder Einschränkung zu verordnen. Es ergiebt sich aus den besondern Merkmalen der einzelnen Rechtsmaterien, welche hieher gehören, vorzüglich ein vierfacher Grund der bürgerlichen Legislation, wonach sich die besondern Fälle am bequemsten ordnen, und die weitern

5) Hellfeld c. l. §. 2 — 4.

tern Verhältnisse deutlich entwickeln lassen. Eine wirklich vorhandene, und bisher völlig klagbare Verbindlichkeit kann ihre Wirkung in der Folge wiederum verlieren: **I. Weil der Gläubiger die zur gerichtlichen Verfolgung seines Rechts bestimmte Zeit versäumt hat.** Dahin gehört 1) die Verjährung der Klagen überhaupt [1]), 2) die Praeclusion, vorzüglich bei entstandenem Concurse der Gläubiger [2]). **II. Zur Strafe des Gläubigers wegen Uebertretung verbietender, oder gebietender Gesetze.** Wir finden dieses in folgenden Fällen: 1) wenn ein Schuldner oder Gläubiger eines Minderjährigen die Vormundschaft des letztern übernimmt, ohne die Forderung anzuzeigen [3]); 2) wenn die Abtretung einer Schuldforderung dem Anastasianischen Gesetze zuwider [4]), oder 3) an einen Mäch-

1) Man siehet ohne weiteres Erinnern, daß hier nur von der extinctiven Verjährung die Rede sei. Vortreflich hat diesen Gegenstand aufgeklärt **Hoepfner** in seinem theoretisch praktischen Commentar über die Institutionen §. 393. und besonders 1184.

2) Die **Lehre von der Praeklusion bei entstandenen Konkurse der Gläubiger**, Leipzig 1781.

3) Nou. 72. Cap. 1. 2. 4. Nou. 94. in praef. Gewisse nothwendige Einschränkungen dieser Vorschriften findet man in den **Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien von zweien Rechtsgelehrten**, Braunschweig und Hildesheim 1780. Th. 1. Num. 38.

4) L. 23. §. 1. C. Mandati.

Mächtigern geschieht [5]); 4) wenn der Gläubiger, um seine Befriedigung zu erhalten, sich der verbotenen Selbsthülfe bedient [6]). — Die Verjährung und Praeclusion hat mit diesen nicht Einen und denselben Grund, weil Strafe im eigentlichen Verstande eine unerlaubte Handlung voraussetzt, welche in dem Falle, da Jemand binnen der rechtlichen Frist nicht klagt, nicht vorhanden ist. Denn die Gesetze deuten ihm nur an, wann und wie lange er auf richterliche Hülfe im Staate Anspruch machen könne, und nun steht es im übrigen bei ihm, ob er binnen solcher Zeit sein Recht geltend machen wolle oder nicht; geradezu ist er nicht verbunden zu klagen, folglich auch hier keine Strafe im eigentlichen Verstande vorhanden. — III. **Weil die Gesetze aus vordringender Billigkeit dem Schuldner gestatten, von einem sonst bündigen Vertrage wegen veränderter Umstände wieder abzugehen, obgleich das natürliche Zwangsrecht ihm solches nicht erlaubt.** — Man hat bekanntlich die Regel: Alle Verträge enthalten stillschweigend die Clausel: rebus sic

5) L. 2. C. ne lic. potent. Böhmer Observat. iur. feudal. Cap. 13.

6) L. 13. D. quod met. causa. J. C. Schmidt practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 775., woselbst die vorzüglichsten Schriften über diese Materie benannt sind.

sic stantibus[7]). Diese Regel ist aber, so wie die meisten Sprüchelchen der Art, häufig gemißdeutet und sehr übel angewandt worden. So oft, sagt man sich Umstände zutragen, die einen Contrahenten, wenn er sie voraus gewußt, oder hätte wissen können, von Schließung des Vertrags gänzlich würden zurückgehalten haben, so oft ist er nach gedachter Regel berechtigt, von dem einmal getroffenen Contract wieder abzugehen. Wenn dem wirklich so wäre, so würde dadurch Gelegenheit gegeben werden, alle Verträge anzufechten, und sich Niemand weiter auf ein Versprechen verlassen können, so müßte ich auch befugt sein, ein heute gekauftes Buch morgen zurückzugeben und mein Geld wieder zu fordern, wenn mir ein Freund immittelst ein Geschenk damit gemacht hätte; denn dieß voraus gewußt, würde ich jenes nie gekauft haben. Die bürgerlichen Gesetze haben freilich dergleichen in einigen besondern Fällen verordnet, aber es ist eine Unart der Ausleger, wenn sie dasjenige, was solchen

7) L. 38. und 82. D. de Solut. *Car. Phil.* Kopp de clausula rebus sic stantibus secundum ius tum naturale, tum ciuile. Marb. 1750. Joh. Heinr. Eberhards Abhandlung von der Klausel: *rebus sic stantibus*; in dessen Beiträgen zur Erläuterung der teutschen Rechte, Th. 1. Seite 1. Leyser Spec. 40. med. 4. J. C. Schmidt öffentliche Rechtssprüche, Seite 183. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit, Seite 363. Hoepfner l. c. §. 1010.

solchen einzelnen Vorschriften zum Grunde dient, sogleich in allgemeine Regeln umschaffen, und diese als Folgerungen aus der Natur der Sache durchgängig anwenden. Eigentlich wird dazu, um von der Clausul, rebus sic stantibus, als einer allgemeinen Regel Gebrauch zu machen, erfordert, daß die entstandene Veränderung einen Umstand betreffe, welchen entweder die Natur des Vertrags, oder ausdrückliche Verabredung der Parteien dergestalt wesentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt. Alle übrigen besondern Verhältnisse eines oder des andern Contrahenten kommen hier gar nicht in Betrachtung; z. B. wenn das Mädgen, mit dem sich jemand des Geldes wegen, jedoch ohne dieß zur Bedingung zu machen, verlobt hat, in der Folge arm wird, so berechtigt ihn dieses nicht, von der Verlobung zurück zu treten. Wir wollen es ihm ohne Betheurung gern glauben, daß er in Voraussehung dieser Veränderung gar nicht würde contrahirt haben, aber er hätte seine Intention, sich vorzüglich mit dem Vermögen der Braut bereichern zu wollen, ausdrücklich erklären müssen. Von selbst versteht sich das nicht. Ein anders ist es nun freilich, wenn die bürgerlichen Gesetze in gewissen Fällen wegen solcher Veränderungen nach einseitigen Verhältnissen, die das Naturrecht an sich zur Aufhebung eines Contracts nicht als hinreichend erkennet, dem Einen Theile auch wider Willen des Andern die

Zurück-

Zurücktretung erlauben. Dann sollte man diese Fälle aber auch bloß als besondere Anordnungen des Civilrechts, und eigentlich als Ausnahmen von der Regel, nicht aber als Folgerungen des allgemeinen Grundsatzes oder der sogenannten Clausul, rebus sic stantibus, behandeln. So z. B. darf 1) eine Schenkung wieder zurückgefordert werden, wenn der Schenker nach derselben allererst eheliche Kinder bekommen [8]), imgleichen 2) wenn der Beschenkte sich einer groben Undankbarkeit schuldig gemacht hat [9]). 3) Der Miethsmann ist schuldig, das gemiethete Haus zu räumen, wenn der Vermiether entweder wegen unvorhergesehener Fälle selbst des Hauses benöthigt wird, oder eine Reparatur darin unternehmen muß, wobei jener nicht füglich in der gemietheten Sache verbleiben kann [10]). Nach dem Naturrechte dürfte in diesen Verhältnissen noch nicht sofort eine völlige Aufhebung des Contracts von Seiten des Vermiethers verlangt werden können. IV. Wenn endlich

8) L. 8. C. de reuoc. donat. Knorre rechtliche Abhandlungen und Gutachten, n. 21. J. G. Schelhorn de opinata donationum ob superuenientes liberos reuocatione, Goett. 1747.

9) L. fin. C. de reuoc. donat. *Sim. Henr.* Musaei Diss. de reuocat. donat. ob praestitam contra donatorem aduocationem, Kil. 1702.

10) L. 3. C. *de locato conducto.* Struben rechtl. Bedenken, Th. 2. num. 34. Lauterbach in Colleg. theoret. pract. XIX. 2. 47.

lich das förmliche Recht dem Gläubiger zuwider ist, dergestalt, daß er seines an sich gerechten Anspruchs durch den Proceß verlustig wird. Hieher gehören alle diejenigen Fälle, wo jemand fato processus um seine gerechte Forderung gebracht, insbesondere, wenn ein wirklicher Schuldner durch ungerechte rechtskräftige Urtheile absolvirt wird [11]). So weit von Classification der verschiedenen hieher gehörenden Fälle überhaupt. Es ist aber der Gegenstand dieses Abschnitts sowol im Ganzen, als auch besonders in Rücksicht dieser oder jener einzelnen Gattung noch näher zu erläutern. Davon sogleich mit mehrerm.

§. 91.

Ueber die natürliche Verbindlichkeit in vorstehenden Fällen.

Die Frage: ob der Schuldner, welchen die Civilgesetze solchergestalt von den gerichtlichen Ansprüchen des Gläubigers lossprechen, eben dadurch auch von der natürlichen Verbindlichkeit befreiet werde? ist in Ansehung der Folgen, welche davon abhängen, sehr wichtig. Denn, in so fern wir solche bejahen, oder verneinen, in so fern müssen wir auch hin und wieder die Compensation, die Zu-

11) L. 28. und 60. D. *de cond. indeb.* *Henr. de* Coccеii Diss. de vero debitore absoluto, Tom. 2. Exercitat. p. 874. Brockes Select. Obseruat. N. 1.

rückforderung des Gezahlten, das Retentionsrecht, die Bürgschaft und Verpfändung in den bisher angeführten Fällen zum Theil für gültig erklären, zum Theil aber verwerfen. Im allgemeinen ist jene Frage unter den Rechtsgelehrten eigentlich noch nicht zur Erörterung gekommen; man pflegt sich nur in Rücksicht auf einige einzelnen Fälle damit zu beschäftigen, in den mehrsten aber wird sie gar übergangen. Vorzüglich hat man über die natürliche Verbindlichkeit eines Beklagten, welcher durch ungerechten richterlichen Ausspruch absolvirt worden, gestritten. Man ist aber dabei von beiden Seiten auf Behauptungen gerathen, die, wenn sie im Zusammenhange der Lehre geprüft werden, nicht füglich anzunehmen sein dürften. Cocceji, welcher sich gegen die natürliche Verbindlichkeit in jenem Falle erklärt, stellt bei dieser Gelegenheit den Satz auf, daß auch in andern Fällen, z. B. der Verjährung ꝛc., wo bürgerliche Rechte den Schuldner befreien, die natürliche Verbindlichkeit desselben gänzlich wegfalle [1]). Denn, sagt er, ihm steht ja die condictio indebiti zu. Dieß hat aber kein Gesetz im allgemeinen verordnet, und der angeführte Grund ist daher petitio principii. Das sicherste, um alle Verwirrung zu vermeiden, ist wol, wenn wir

1) *Henr. de* Coccеii cit. Diss. de vero debitore absoluto, Sect. 2. §. 21. sequ. Sect. 3. tot.

wir zuvörderst auf diejenigen Grundsätze zurückgehen, welche uns die Natur der Sache an Hand giebt, und sodann unser Augenmerk auf die positiven Gesetze selbst richten. Daß nun einestheils die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit von dem gerichtlichen Effecte derselben nicht abhange, und anderntheils die Einschränkung der gerichtlichen Wirksamkeit auf das strengste zu erklären sei, ist bereits oben deutlich genug außer Zweifel gesetzt worden. Dieß leitet uns aber auf folgende Bemerkungen, welche die Sache ganz erschöpfen. I. Wenn die Verordnung der Civilgesetze nur dahin geht, daß der Gläubiger künftig **mit seiner Klage nicht weiter gehört werden soll**: so versteht es sich von selbst, daß nicht allein die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners, sondern auch zum Beßten des Gläubigers der übrige gerichtliche Effect fortdaure, welche ihm die Gesetze nicht wirklich abgesprochen haben.

II. In so fern aber die Gesetze dem Gläubiger nicht bloß richterliche Hülfe versagen, sondern ihre Absicht dahin geht, ihm eine sonst auch gegründete Forderung selbst abzusprechen, nicht bloß die Ausübung seiner Befugniß einzuschränken, sondern **ihn seines ganzen Rechts an sich verlustig zu erklären**, in so fern hört auch auf Seiten des Schuldners selbst die natürliche **Zwangspflicht**

auf. Denn vorausgesetzt, was nicht leicht Jemand leugnen wird, daß die Gesetze gewisse Handlungen des Gläubigers mit dem ganzen Verluste seines Rechtes beahnden können, so kann ja nicht füglich den Schuldner eine natürliche Verbindlichkeit treffen, wenn das bürgerliche Verhältniß macht, daß auf Seiten des Gläubigers gar kein Recht mehr vorhanden ist. Es kann zwar oft den Pflichten des Anstandes und der Menschenliebe gemäß sein, daß der Schuldner doch bezahle, welches aber von manchen persönlichen Verhältnissen beider Theile abhängt, die bei eigentlichen Zwangspflichten gar nicht in Betrachtung kommen.

III. Verliert endlich der Gläubiger seine bisherigen Ansprüche nicht sowol, weil ihn die Gesetze einer an sich gegründeten Forderung verlustig erklären, als vielmehr, **weil nach förmlichen Rechten angenommen wird, daß seine vermeinte Forderung nicht gegründet sei**, so müssen die Gerichte in der Folge den Schuldner allewege, als einen solchen ansehen, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit weiter obliegt, wenn gleich an sich das wirkliche Recht auf der Seite des Gläubigers sein mag. Darauf kann, wenn einmal förmliches Recht vorhanden ist, nicht weiter Rücksicht genommen werden. Im allgemeinen können wir nun aus den bisherigen Grundsätzen schon so viel folgern: daß in

Fällen,

Fällen, wo das erstere Verhältniß eintritt, dem Gläubiger immer noch die Befugniß verbleibe, sich durch Compensation, Retention u. s. w. zu dem Seinigen zu verhelfen, wenn er gleich mit einer Klage nicht mehr gehöret wird —. Hingegen ein Gläubiger, dem bürgerliche Vorschriften der zweiten Art sein Recht an sich absprechen, kann solches natürlich weder durch Klagen, noch durch andere Rechtsmittel geltend machen. Und gesetzt auch, daß der Schuldner aus einem Irrthume etwas bezahlt hätte, so kann doch der eigentlichen condict. indeb. keine Forderung entgegen gesetzt werden, deren sich der Gläubiger ganz verlustig gemacht hat. Ein anderes ist indessen von einer freiwillig und wissentlich geleisteten Zahlung zu behaupten. Eben diese Grundsätze müssen auch angewandt werden, wenn endlich Drittens das förmliche Recht den Schuldner absolvirt hat. Zahlt er nun doch noch freiwillig, so kann er freilich nichts zurückfordern. Aber eine aus Irrthum geleistete Zahlung würde ihn allerdings dazu berechtigen, gesetzt auch, daß der Gläubiger eine wahre Schuld beweisen wollte; denn diese Beweißführung kann ihm der Richter nicht füglich gestatten, weil der Schuldner einmal rechtskräftige Absolution, mithin das förmliche Recht, für sich hat —. So verhält sich die Sache nach allgemeinen Grundsätzen und Begriffen; ob die positiven Gesetze da-

mit übereinstimmen, wird sich sogleich mit Mehrerm ergeben.

§. 92.

Fortsetzung des Vorigen.

Die im vorigen §. vorgetragene Theorie beruhet auf sichern Vernunftgründen, und wir können daher, ohne klare und ganz bestimmt redende Vorschriften der Civilgesetze, in der Anwendung nicht davon abweichen. In L. 19. D. *de cond. indeb.* heißt es: Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est; naturalis obligatio manet —. Diese Stelle betrifft unstreitig solche Verordnungen des Civilrechts, welche dem Gläubiger bloß die Klage entziehen, und in sofern den Schuldner befreien, nicht aber solche Gesetze, wodurch der Gläubiger seines ganzen Rechts verlustig erklärt wird. Deutlicher wird dieß in L. 9. §. 4. D. *ad S. C. Maced.* aus einander gesetzt: Hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum *actione liberantur*, *non quoniam exonerare eos lex voluit.* Es ist also, wie ein jeder siehet, in den einzelnen Fällen vor allen Dingen die bürgerliche Disposition ihrem ganzen Inhalte nach genau zu prüfen, und zuvörderst auszumachen, ob dem Gläubiger das ganze Recht an sich abgesprochen, mithin der Schuldner überhaupt von der Forderung frei erklärt ist, oder ob nur gewisse Rechtsmittel dem Gläubiger versagt worden sind, wonächst sich über

die

die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit, und deren im Gericht noch Statt findende Wirkung der Ausschluß bald ergeben wird. So z. B. darf der Gläubiger, welcher die zur Verfolgung seines Rechts bestimmte Zeit versäumt hat, in der Folge zwar nicht weiter klagen, allein nirgend haben ihn die Gesetze seines ganzen Rechts verlustig erklärt, und ich finde daher auch kein Bedenken zu behaupten, daß die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners fortdaure, und, die Klage abgerechnet, in Gerichten immer noch anerkannt werden müsse [1]). Was andere dagegen eingewandt haben, daß nämlich bei eingetretener Verjährung anzunehmen sei, daß der Gläubiger sich seines Rechts begeben habe [2]), ist in der That sehr unbedeutend. Die Civilgesetze wissen durchaus nichts von dieser vermutheten Dereliction, noch weniger haben sie solche als einen Grund der dem Naturrechte unbekannten Verjährung angegeben [3]). Wol aber wird man überall finden, daß die Gesetze nach Ablauf einer gewissen Zeit, dem Gläubiger bloß die

1) Bachov in tr. de pignoribus, Lib. 5. Cap. 3. p. 369. sequ. Das Gegentheil behaupten Cocceii cit. Diss. de vero debitore absoluto Sect. 2. §. 21. sequ. Vasquius quaest. illustr. p. 1. c. 53.

2) Vasquius und Cocceii l. c.

3) Man sehe dagegen L. 1. D. *de usucap.* L. fin. D. *pro suo.* Barbeyrac in not. ad Grot. ius belli et pacis, Lib. 2. Cap. 4. §. 6. Leyser Spec. 454. Med. 1.

Befugniß zu klagen, absprechen, keinesweges aber das Recht desselben und die Verbindlichkeit des Schuldners an sich aufheben. Ich wiederhole aber, daß hier nicht von der Usucapion, wo ich mein Recht verliere, weil es ein anderer erworben hat, sondern nur von der extinctiven Verjährung die Rede ist, wo die Rechtshülfe bloß darum versagt wird, weil ich meiner Seits binnen einer gewissen Zeit nicht darauf angetragen habe. Entsteht daher die Frage: ob der Schuldner, welcher nach abgelaufener Verjährungszeit bezahlt, solches wiederum zurückfordern könne? so hat die verneinende Antwort in den Fällen ohnehin schon kein Bedenken, wo der Schuldner wol wissend, daß keine Klage wider ihn weiter Statt finde, dennoch die Zahlung leistete, imgleichen wo eine Unwissenheit des Rechts ihn zur Zahlung veranlaßte, weil solches zum wenigsten denen nicht zu Statten kömmt, deren Absicht auf ein Lucrum gerichtet ist [4]). Wie aber, wenn der Schuldner in facto irrete, wenn er nicht wußte, daß die Verjährungszeit schon verstrichen sei? welches zumal bei Erben sehr leicht der Fall sein kann. Bei dieser Frage müssen wir noch etwas verweilen. Die mehrsten Juristen gestatten dem Schuldner die Zurückforderung des Bezahlten

4) L. 9. C. ad L. falcid. L. 7. D. de iuris et facti ignorant.

ten [5]), welches man freilich bei denen nicht befremdlich finden wird, welche ihn selbst von der natürlichen Verbindlichkeit befreiet wissen wollen. Sonderbar hingegen ist es, die nämliche Behauptung sogar bei Andern anzutreffen, welche sonst doch zugeben, daß, der Verjährung ungeachtet, die natürliche Verbindlichkeit an sich fortdaure [6]). Da wir aber den Grund, worauf jene sich berufen, schon unrichtig befunden haben, so ist nur noch zu untersuchen, was diese für sich anführen. Sie denken sich hier eine sogenannte natürliche durch das Civilgesetz gänzlich destruirte Verbindlichkeit, und vergleichen den gegenwärtigen Fall mit der Bürgschaft der Weibspersonen; allein unrichtig. Denn die gesetzliche Zeit, nach deren Ablauf dem Schuldner die Verjährung zu statten kommt, ist ausdrücklich nur der gerichtlichen Klage des Gläubigers vorgeschrieben, hingegen dem Schuldner geben die Gesetze nichts mehr als eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers, welches der Ausdruck: praescriptio temporis, in dem Römischen Gesetzbuche an sich schon mit sich bringt, und alle einzelnen Verordnungen deutlich

5) Hahn *ad Wesenbec.* Lib. 12. Tit. 6. n. 6. Müller *ad Struv. Exercit.* 18. *thes.* 33. Wernher Lectiss. Comment. ad Pandect. tit. de cond. indeb.

6) Bachov ad Treutler. Disput. 48. thes. 3. lit. H.

genug beſtimmen [7]). Wenn daher natürliche Verbindlichkeit an ſich vorhanden iſt, der Buchſtabe des poſitiven Rechts aber bloß die Klage des Gläubigers ausſchließt, ſo müſſen ja die übrigen Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit aufrecht bleiben, (vergl. §. 127. n. 8.) und folglich kann der Schuldner ſich in keinem Betrachte ermächtigen das Bezahlte zurückzufordern; wie uns denn auch ohnehin ſchon L. 40. D. de cond. ind. dahin anweiſet: Si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, *ubi vero in odium eius cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur.* Alle dieſe ſo triſtigen Gründe ſollen dennoch in L. 37. D. de *Fideiussorib.* ihre Widerlegung finden: Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est. Gilt alſo, ſagt man, nach abgelaufener Verjährungszeit die Bürgſchaft nicht, ſo haben wir ja das unſtreitigſte Kennzeichen einer gänzlich reprobirten Verbindlichkeit, und folglich muß auch der Schuldner berechtigt ſein, das Bezahlte zurückzufordern. Einigen Schein hat dieſes Argument wirklich, und da es die angeſehenſten Lehrer

---

[7]) Tot. Tit. C. de praescript. XXX. vel. XL. annor. Meine Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, 1ſtes Stück, No. 1.

rer des Civilrechts zu dem ihrigen gemacht haben, so ist es freilich leicht zu erklären, wie die darauf gestützte gegenseitige Meinung so herrschend hat werden können. Ich bin indessen überzeugt, daß die angeführte Stelle meiner Behauptung in der That nicht zuwider sei, und zwar aus folgenden Gründen. Zuvörderst ist 1) in dem Gesetze mit keinem Worte gesagt, daß die Bürgschaft darum nicht gelten solle, weil sie wegen einer natürlichen, nach Vorschrift der Civilgesetze ganz unwirksamen Verbindlichkeit geschlossen worden, sondern es wird eigentlich der Grund angeführet, quoniam erroris fideiussio nulla est. Man schließt daher wol ein wenig zu voreilig von der ungültigen Bürgschaft, auf die an sich ganz verworfene natürliche Verbindlichkeit, bei welcher die Bürgschaft ohne Wirkung sein würde, wenn auch gar kein Irrthum dabei obwaltete, z. B. wenn ich einer Spielschuld wegen einen Bürgen stelle. — Vorausgesetzt, also, daß der Römische Jurist am angeführten Orte von Bürgschaften nach abgelaufener Verjährung gehandelt habe, so ist er auch in der That mehr auf unserer Seite als wider uns, weil er nicht wegen aufgehobener Verbindlichkeit an sich, sondern nur des Irrthums wegen die Bürgschaft unverbindlich hält. Damit kann es aber recht wol bestehen, daß dem Schuldner, wenn er auch aus Irrthum bezahlt hätte, die condictio indebiti nicht

frei

frei stehe. Denn 2) da dem Gläubiger einmal wegen eingetretener Verjährung die Klage durch das Gesetz ausdrücklich versagt ist: so kann er freilich in der Folge nicht anders als durch eigene Verwillkührung des Schuldners wieder dazu gelangen, mithin auch nicht durch Bestellung eines Bürgen, es wäre denn, daß von Seiten des Schuldners eine Entsagung der Einrede der Verjährung damit verbunden sein sollte. Dieß fällt bei dem vorausgesetzten Irrthume weg, folglich ist der Buchstabe des Gesetzes seiner Klage immer noch zuwider. Die Zurückforderung des Bezahlten hingegen ist dem Schuldner in keinem Gesetze eingeräumt worden. Ueberhaupt aber 3) steht es noch sehr dahin, ob in der angeführten L. 37. D. de fideiuss. von der eigentlichen Verjährung die Rede sei. Es heißt zwar: Si quis, postquam tempore transacto liberatus est ect. Allein die Inscription des Gesetzes leitet auf eine andere Stelle, die es sehr wahrscheinlich macht, daß die gedachten Worte ganz etwas anders betreffen. Es war Grundsatz im Systeme der Römischen Jurisprudenz, daß nach strengen Rechten keine Verbindlichkeit nur auf eine gewisse Zeit dauren könne, und daß folglich der Ablauf einer gewissen Frist nie ipso iure eine Verbindlichkeit aufhebe, wenn gleich der Billigkeit wegen die Klage des Gläubigers durch Einreden abgelehnt werden konnte.

Diesen

Dieſen Grundſaß trägt **Paullus**, von dem L. 37. D. *de fideiuss.* herrührt, in L. 44. D. *de obl. et act.* mit folgenden Worten vor: Circa diem duplex inspectio est. Nam vel *ex die* incipit obligatio, aut confertur *in diem. Ex die* veluti *Calendis* martis dare spondes? cuius natura haec est, ut antè diem non exigatur. *Ad diem* autem; *Usque ad* calendas dare spondes? *Placet vero ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. Nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conuenti, vel doli mali exceptione summoueri poterit.* Wie daher in dieſem Falle dem Schuldner gegen die Strenge des Rechts mit einer Einrede geholfen wird, ſo erfordert es auch die Billigkeit, daß eine nach Ablauf der Zeit aus Verſehen beſtellte Bürgſchaft nicht mehr gelten könne. Wenn nun ebenderſelbe Rechtsgelehrte an der andern Stelle ſagt: Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est, ſo iſt es gewiß nicht wider die Regeln der Hermeneutik, wenn wir dieſe letztern Worte, in Beziehung auf eben den Gegenſtand erklären, wovon in L. 44. D. *de obligat. et actionib.* die Rede iſt, mithin nicht von der Verjährung, welche bloß die Klage des Gläubigers ausſchließt,

schließt, sondern von solchen Fällen, wo die Schuld selbst nur eine Zeitlang dauert, und mit dem Ablauf einer gewissen Frist die natürliche Verbindlichkeit an sich aufhört, obgleich den Vorschriften des strengen Rechts erst mittelst einer Einrede begegnet werden muß; woraus sich denn die weitern Folgen von selbst so deutlich ergeben, daß es wenig Zutrauen zu meinen Lesern verrathen würde, wenn ich mich weiter dabei aufhalten wollte.

§. 93.

Fortsetzung; von der Praeclusion.

Mit der Verjährung hat die Praeclusion eine große Aehnlichkeit [1]); sie unterscheiden sich aber vorzüglich darin, daß bei jener das Gesetz die Zeit bestimmt, bei dieser hingegen der Befehl des Richters, in Rücksicht auf einzelne Rechtssachen. Wir haben, was die eigentliche Wirkung der Praeclusion anbetrifft, keine ausdrückliche Vorschriften der gemeinen Rechte, folglich sind Natur der Sache, Analogie des Rechts, und der Gerichtsgebrauch die Quellen, woraus wir schöpfen müssen. Durch die Präclusion kann Niemand mehrere Rechte verliehren, als deren Verlust ihm der Richter gültig androhen konnte, und wirklich angedrohet hat. Und da die Ladung, welche der Richter bei Androhung der Praeclusion ergehen läßt, sich immer nur auf den concreten Fall beschränkt

1) (Von Trüzschler) Lehre von der Praeclusion, Seite 5.

beschränkt, welcher dermalen beim Richter obschwebt, so kann auch der ausbleibende Gläubiger nur in dieser Hinsicht für abgewiesen geachtet, folglich ihm nicht versagt werden, seinen Anspruch gegen andere Personen und Sachen, imgleichen unter andern Verhältnissen geltend zu machen. Daher die im Concurs erfolgte Präclusion den Gläubiger nur von der gegenwärtigen Masse, nicht aber von der gegen den Schuldner selbst, oder gegen dessen Erben anzustellenden Klage ausschließt [2]). Sollte auch der Schuldner in der Folge den praecludirten Gläubiger gerichtlich belangen: so leidet es kein Bedenken, daß dieser sich der Compensation bedienen dürfe [3]).

§. 94.

2) Balthasar Classif. cred. p. 118. Claproth Concurs-Proceß, in dessen Summarischen Proc. §. 331. Pufendorf Tom. I. Obs. 176. C. C. Dabelow Systematische Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger, §. 171. Das Gegentheil vertheidigt Leyser Spec. 490. M. 1. Dieser behauptet zwar Spec. 488. med. 1., daß die Klage des Gläubigers durch die Cession der Güter nicht erlösche, sondern nur einstweilen ruhe; tantisper quiescit; weshalb Balthasar in Classif. Cred. p. 118. und der Verfasser der Lehre von der Praeclusion Seite 82. dem Leyser vorwerfen, daß er sich selbst widerspreche; ich finde aber diesen Widerspruch nicht. Denn unstreitig will er Spec. 488. von den Gläubigern verstanden sein, die sich wirklich gemeldet, jedoch aus den cedirten Gütern ihre Befriedigung nicht erhalten haben.

3) L. 5. D. *de Compensat.*

§. 94.

Von der natürlichen Verbindlichkeit in den übrigen Fällen, vorzüglich von dem Schuldner, der durch ungerechten richterlichen Ausspruch losgesprochen worden.

Da die Gesetze den Vormund, welche bei Uebernahme der Curatel seine Forderung an den Pupillen verschwiegen hat, nicht mit dem Verlust seines ganzes Rechts beahndet, sondern nur mit seiner Klage nicht weiter gehört wissen wollen [1]), so versteht es sich von selbst, daß die natürliche Verbindlichkeit, mit allen ihr nicht ausdrücklich genommenen Wirkungen fortdaure. Ein gleiches müssen wir von dem Falle behaupten, wenn die Cession einer Schuldforderung gegen das Anastasianische Gesetz geschehen ist, weil die Gesetze auch dabei nichts weiter, als den Verlust der Klage, in sofern der Vorgang jener Vorschrift zuwider ist, verordnet haben [2]). Hingegen auf die unerlaubte Selbsthülfe, und die Cession an einen Mächtigern, ist in L. 13. D. quod metus causa und L. 2. C. ne liceat potent. nicht bloß Verlust der Klage, sondern des ganzen Rechts an sich zur Strafe geordnet, daher fällt auch die natürliche Zwangspflicht gänzlich weg, und dem Schuldner, der aus Irrthum bezahlte, steht die Zurückforderung

1) Nou. 74. Cap. 4.
2) L. 23. C. *Mandati.*

derung frei, welche durch eine höchstens hier übrig bleibende Liebespflicht keinesweges unzulässig wird 3). Endlich müssen wir über den Fall, da ein Schuldner durch ungerechten richterlichen Ausspruch losgesprochen, imgleichen wenn überhaupt der Gläubiger fato processus sachfällig erklärt worden ist, noch eins und das andere zur nähern Erläuterung hinzufügen. Allgemeine Vernunftgründe über diesen Gegenstand sind schon oben vorgekommen, und hätten die Rechtsgelehrten zuvörderst darauf ihr Augenmerk gerichtet, und danächst mit Rücksicht auf die besondern Verhältnisse, welche hier eintreten, den Inhalt der positiven Gesetze zu untersuchen, sich die Mühe genommen: so würde die Sache weniger streitig unter ihnen geworden sein. Man hat aber Statt dessen die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners in erwähnten Fällen bald zugestanden, bald geleugnet, je nachdem man in den Römischen Civilgesetzen Stellen für das Eine oder das Andere gefunden zu haben geglaubt hat, da doch die Sache an sich unstreitig aus den Grundsätzen des Vernunftrechts ihre Entscheidung erhalten, und danächst der gerichtliche Effect nach Vorschrift der Civilgesetze bestimmt werden muß. **Anton Faber, Zoesius, Lauterbach**, und an-

3) *Henr. de* Coccеii Diss. de Antidoris in dessen Exercitationibus Volum 2. p. 859. *Sam. de* Coccеii iur. controu. tit. de cond. indeb. Quaest. 5.

dere mehr [4]) behaupten, daß ein solcher Schuldner allewege natürlich verbunden bleibe, und eben darum auch condictio indebiti wegfalle. Hingegen Cocceji, Donell, Voet, und mehrere mit ihnen [5]) verwerfen, wenn einmal rechtskräftige Absolution des Schuldners vorhanden ist, auch die natürliche Verbindlichkeit, und halten daher die Zurückforderung des Gezahlten für zulässig. Durch die einzelnen Argumente von beiden Seiten, wird man bei der Nachlesung der angeführten Schriften sich sehr bald von der Wahrheit unserer obigen Bemerkung überzeugen. Daß an sich ein ungerechter Ausspruch des Richters, wenn wir auf wirkliches Recht und wirkliches Unrecht sehen, den Schuldner von der natürlichen Verbindlichkeit nicht befreie, ist so evident, daß es gar keines weitern Beweises bedarf, wenn gleich Cocceji dagegen anführt, daß der Gläubiger sich selbst der gerichtlichen Entscheidung unterworfen,

4) *Anton* Faber Rational. ad Pandect. L. 60. D. de cond. indebiti. Zoesius Comment. ad Pand. Lib. 44. Tit. 2. n. 14. Lauterbach Comp. iur. pag. 202. Brunnemann ad L. 60. D. de cond. ind. Hellfeld iurisprud. forens. §. 829. Brockes Obseruat. Select. Argum. 1.

5) *Henr. de* Cocceii de vero debitore absoluto. Sect. 3. *Hugo* Donell Comment. iur. ciuil. Lib. 14. Cap. 12. *Joh.* Voet Comment. ad Pand. Lib. 12. Tit. 6 §. 4. *Samuel de* Cocceii iur. controuers. Tit. de cond. indeb. Quaest. II.

sen, mithin vermöge seiner eigenen Verwillkührung kein Recht mehr habe, sobald judicate Erkenntnisse ihm solches versagten, und daß eben daher auch der Schuldner aus solcher Vereinbarung der Parteien vollkommen berechtiget sei, sich nach erfolgtem obsieglichen Urtheile von aller, auch der natürlichen Verbindlichkeit, befreiet zu achten. Das Irrige dieser Schlußfolge ist sehr leicht zu zeigen. Denn dessen nicht zu gedenken, was sich gegen die gewöhnliche Meinung, welche den Grund der Rechtskraft auf einen Vertrag zurückführt, noch wol erinnern ließe, so ist doch die Absicht der streitenden Theile, wenn sie ihre Angelegenheit der richterlichen Entscheidung unterwerfen, keinesweges, ihr ganzes Schicksal und ihre Rechte an sich auf ein bloßes Ungefähr, auf eine ganz unbeschränkte Willkühr des Richters ankommen zu lassen, sondern sie erwarten ein gerechtes, den Gesetzen und der Sache angemessenes Urtheil, und folglich kann der Schuldner, den ein ungerechtes Urtheil losgesprochen hat, sich unmöglich den Gedanken erlauben, daß eigene Einwilligung des Gläubigers ihn von aller Verbindlichkeit befreiet habe. In dieser Hinsicht hat Anton Faber sehr richtig geurheilet: Rerum iudicatarum auctoritas est tota ex mera ratione iuris ciuilis, ut litium aliquis finis esse possit, sed hoc nihil commune habet cum aequitate naturali. Selbst die

Römischen Rechtsgelehrten haben diese an sich fortdauernde natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht verkannt, sondern, wie aus mehrern Stellen der Pandecten erhellet, ausdrücklich behauptet, daß, wenn gleich ein ungerechtes richterliches Erkenntniß den Schuldner frei gesprochen hätte, dennoch die natürliche Verbindlichkeit desselben dadurch nicht aufgehoben werde [6]). Man hat sie aber ganz unrichtig verstanden, und ist in der Folge unstreitig zu weit gegangen, wenn man diese Stellen dahin gedeutet hat, daß die erwähnte natürliche Verbindlichkeit auch danächst vor Gericht in der Maße geltend gemacht werden könne, daß der Gläubiger eine Einrede daraus hernehmen, und folglich der Schuldner das Gezahlte nicht wieder zurückfordern könne. Wer siehet hier nicht die Vermischung des förmlichen und wirklichen Rechts, und daß von dem letztern ein Gebrauch gemacht werden soll, dem das erstere zuwider ist. Dieß geht, wenn man das Ganze nicht in Gefahr setzen, und alles der Unordnung Preiß geben will, durchaus nicht an. Die gemeine Wolfahrt erfordert es, daß die Rechtshändel ein gewisses Ziel haben, und die Parteien sich bei dem begnügen müssen, was rechtskräftige Erkenntnisse mit sich bringen, und solchergestalt förmliches

6) L. 60. D. de cond. ind. L. 8. §. 1. rem ratam haberi.

liches Recht unter ihnen ausmacht. Es ist nicht zu vermuthen, daß es nicht auch wirkliches Recht sein sollte. Auf alle Fälle aber, und wenn auch ein oder anderes Individuum leiden sollte, muß in Gerichten als wirkliches Recht oder Unrecht angesehen und behandelt werden, was Einmal förmlich dafür erkannt worden ist; folglich muß das rechtskräftige Urtheil, wodurch der Beklagte für nicht schuldig erkannt wird, den vollgültigsten Beweiß der Nichtschuld ausmachen, mithin auch bei geschehener Zahlung **aus Irrthum** die condictionem indebiti allerdings rechtfertigen. Freilich derjenige, welcher wußte, daß er absolvirt sei, und dennoch bezahlte, kann sich keine Zurückforderung einfallen lassen. Aber gesetzt, der Erbe bezahlt etwas, ohne zu wissen, daß sein Erblasser bereits davon losgesprochen sei; sollte wol nicht, vermöge des rechtskräftigen Ausspruchs, die Zurückforderung Statt finden? Allerdings; denn angenommen auch, daß der Erblasser wirklich durch ungerechten richterlichen Ausspruch absolvirt, folglich an sich der Erbe noch wirklich verbunden sei, so kann doch diese Verbindlichkeit hier nicht weiter in Betrachtung kommen; ja sie kann nicht einmal ausgemacht werden. Denn der Erbe, da er das rechtskräftige Urtheil für sich hat, braucht ja nichts mehr zum Beweise des indebiti, und der Gläubiger kann, da ihm die Rechts-

kraft einmal im Wege steht, mit Beweisen dagegen nicht weiter gehört werden. Offenbar hat **Donell** darin recht, wenn er schreibt: Contrarium aduersus eum, qui absolutus est, numquam probari potest. Nam si is, qui solutum a reo absoluto errante acceperat, dicat, vere debuisti, et probare paratus sum, non audietur. Certi enim iuris est post rem iudicatam nil amplius quaeri, quam an iudicatum sit. *Absolutus igitur semper pro eo habetur, quasi non deberet.* Quodsi illam vim rei iudicatae concedunt omnes, sciant quoque, hoc admisso, indebiti soluti repetitionem locum habere. Es ist auch den Römischen Rechtsgelehrten, wie die Fragmente aus ihren Schriften deutlich genug ergeben, keinesweges eingefallen, diesen Grundsätzen zu widersprechen. Man darf nur das Ansehen und die Wirkung, welche sie überhaupt der Rechtskraft beilegen, in Betrachtung ziehen, um sich völlig davon zu überzeugen. Es versteht sich aber von selbst, daß man bei den einzelnen Gesetzen, welche die Zurückforderung des Gezahlten in besondern Fällen verwerfen, vorzüglich auf die eigene Beschaffenheit dieser Fälle, und die dabei eintretenden Umstände Rücksicht nehmen müsse, ehe und bevor man allgemeine Regeln daraus bilden kann. So z. B. pflegen die Rechtsgelehrten, welche dem unrechtmäßig absolvirten Schuldner die condict. indeb. versagen,

sich

sich auf L. 28. D. *de cond. ind.* zu berufen; wo es heißt: Iudex si male absoluerit, et absolutus *sua sponte* soluerit, repetere non potest —. Allein da hier von dem die Rede ist, der wissentlich eine gerichtlich verworfene Schuld bezahlt hatte, so sieht man wol, daß dieses Gesetz gar nicht wider uns sei. Eben so vergeblich beruft man sich auf die L. L. 60. D. *de cond. indeb.* und 8. §. 1. D. *rem ratam haberi*, weil in beiden Gesetzen gar nicht einmal von dem Falle, worauf es hier ankommt, sondern davon die Rede ist, wenn die Zahlung vor erfolgtem Erkenntnisse geschehen ist [7]). Dagegen wird dasjenige, was wir als Folge des förmlichen Rechts angeführt haben, durch eine Menge Gesetze, deren wir nur einige anführen wollen, zur Genüge bestätigt. Sehr bestimmt sagt **Ulpian** in L. 25. D. *de statu hominum*: Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, *quamuis fuerit libertinus, quia res iudicata pro veritate accipitur.* Eben dieser Rechtsgelehrte erklärt sich in L. 56. D. *de re iud.* dahin, daß nach rechtskräftig

7) Man sehe hierüber **Cocceji** und **Donell** an den bemerkten Stellen. Eines andern Gesetzes, worauf man sich auch zu berufen pflegt, L. 50. §. 2. D. de pecul. habe ich kaum erwähnen mögen, weil es gar nicht von der natürlichen Verbindlichkeit nach erfolgter Rechtskraft, sondern von der natürlichen Verbindlichkeit der Knechte handelt.

entschiedener Sache durchaus alle weitere Untersuchung über Recht und Unrecht des streitigen Gegenstandes als unzulässig zu verwerfen sei. Post rem iudicatam nihil quaeritur —. Und wenn er bei dieser Gelegenheit den rechtskräftigen Ausspruch des Richters, das Geständniß, und den Eid in Ansehung der Wirkung einander gleich schätzt, so verdienen auch allerdings die Worte Paulli in L. 43. D. *de cond. indeb.* hier angemerkt zu werden: Si quis iurasset, se dare non oportere, ab omni contentione discedetur, *atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est* —. Warum sollte das förmliche Recht eines absolvirenden Endurtheils nicht gleiche Wirkung haben? da doch im umgekehrten Falle, wenn Jemand widerrechtlich zur Zahlung verurtheilt worden ist, L. 29. §. 5. D. *Mandati* klar verordnet: propter rei iudicatae auctoritatem repetitio soluti cessat. — Uber die Bürgschaft, das Pfandrecht, die Compensation u. s. w. in den vorstehenden Fällen überhaupt, wird in der Folge mit Mehrerem gehandelt.

Sechster Abschnitt.

Zweites Kapitel

Allgemeine Beobachtungen zu diesem und dem nächstvorhergehenden Abschnitte.

---

§. 95.

Nach welchen Gesetzen der Richter, im Fall einer Collision der positiven Rechte verfahren müsse?

In Ansehung der natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäfte haben wir bereits oben §. 62. die Regel außer Zweifel gesetzt, daß dabei lediglich die Gesetze des Orts, wo der Handel geschlossen worden ist, zur Richtschnur dienen. Wenn aber natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen nicht sowol durch bürgerliche Gesetze verboten oder ganz für nichtig erklärt, als vielmehr nur in Ansehung der gerichtlichen Wirkung eingeschränkt sind, und in diesem Punkte da, wo der Handel eingegangen ist, ein anderes Recht gilt, als da, wo geklagt wird, so ist die Frage vielleicht noch schwieriger, nach welchen Gesetzen der Richter sodann den Vorgang beurtheilen solle? Interessant ist sie wenigstens vorzüglich in einem Lande, wie unser Deutsches Vaterland, welches neben den beiden auswärtigen

Gesetzbüchern eine der Anzahl nach ganz ehrwürdige Sammlung von Reichs- und Provinzialgesetzen, von Statutarischen Rechten und Gewohnheiten (freilich hin und wieder Materialien zur Geschichte und Verfassung der Abderiten) aufzuweisen hat. Es fehlt auch nicht an besondern Abhandlungen über die Collision dieser verschiedenen Rechte, wovon ich die vorzüglichsten §. 61. schon angeführt habe. Allein die Erfahrung hat mich schon gelehrt, überall, wo es auf richtige Theorie vom gerichtlichen Effect natürlicher Verbindlichkeiten und dessen Einschränkung ankommt, immer in einem oder andern Betrachte eine ziemliche Strecke ungebauetes Feld anzutreffen, meine anfängliche Erwartung von der Lectur auch der besten Schriftsteller am Ende doch getäuscht, und viele Zeit und Mühe umsonst dabei verwandt zu sehen. Keine der angeführten Abhandlungen, selbst auch nicht die an einzelnen Fällen so reichhaltige Dissertation des **Nic. Hert**, enthält über die erwähnte Frage etwas befriedigendes. Die Gründe aber, woraus wir im vierten Abschnitte die Regel hergeleitet haben, daß natürlich erlaubte und verbindliche, jedoch bürgerlich **verbotene** Rechtsgeschäfte, immer nach den Gesetzen des Orts, wo sie geschlossen worden, zu beurtheilen sind, finden hier keine Anwendung. Denn in jenen Fällen, kommt es darauf an, ob der Handel überhaupt Rechte und

Ver-

Verbindlichkeiten unter den Parteien hervorgebracht habe welches zu bestimmen, man unstreitig auf seinen Ursprung zurückgehen, mithin nach den Gesetzen des Orts, wo er geschlossen ist, urtheilen muß, in wie fern die Parteien befugt waren, ihn einzugehen. In dem gegenwärtigen und nächstvorhergehenden Abschnitte hingegen kommen Fälle vor, wo ungeachtet der wirklich vorhandenen Verbindlichkeit, dem Gläubiger dennoch in verschiedener Hinsicht die gerichtliche Hülfe versagt wird. Hier ist also von positiven Gesetzen die Rede, welche den Richter anweisen, in wie fern er Verbindlichkeiten, welche gewisse Rechtsgeschäfte in der That hervorgebracht haben, im Wege Rechtens anerkennen, und die Erfüllung derselben erzwingen dürfe. Solche positive Vorschriften aber, welche die **Rechtshülfe** der natürlichen Zwangspflichten bestimmen, können nur dem Richter, dem sie wirklich ertheilt sind, zur Richtschnur dienen, und sind folglich nur anzuwenden, wenn wirklich bei diesem Richter geklagt wird. Andere Gerichte sind nicht verbunden, danach zu verfahren, weil die alleinige gerichtliche Unwirksamkeit das Dasein der Verbindlichkeit an sich nicht aufhebt, und folglich die letztere den völligen Effect behaupten muß, sobald sie bei einem andern Richter angebracht wird, dem die Hände in Ansehung der Rechtshülfe nicht gebunden sind. **Carl Ferdinand Hommel**, in dessen Schriften

die

die Nachwelt vielleicht noch mehr, als sein Zeitalter, den philosophischen Rechtsgelehrten schätzen wird, nimmt den richtigen Grundsatz an, daß in allen Dingen, welche den Proceß, die Art des gerichtlichen Verfahrens, und die eigentliche Justizpflege betreffen, lediglich die Gesetze des Forums, wo der Rechtshandel obschwebt, zu beobachten sind; und daraus leitet er auch die eben so richtige Folge ab, daß die Frage: ob eine Schuldklage bereits verjähret sei? eigentlich nur nach den eben gedachten Rechten zu beurtheilen sei [1]). Und wir glauben nunmehr überhaupt mit Recht die Regel zu behaupten, **daß in allen Fällen, wo es nur auf gerichtliche Wirkung einer an sich vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit ankommt, die Gesetze, nicht des Orts, wo der Handel geschlossen worden, sondern des Forums, wo die Verbindlichkeit gerichtlich angeregt wird, dem Richter zur Norm dienen müssen.** Um aber diese allgemeine Regel gegen alle Mißdeutung und üble Anwendung zu sichern; müssen wir derselben folgendes zur Bedeckung mitgeben. **Erstlich:** die Folge ist klar, daß eine Handlung, welche da, wo sie geschlossen worden, nicht verboten, sondern nur **nicht klagbar ist**, an andern Orten, wo geltende Gesetze

1) C. F. Hommel Rhapsod. Quaest. Obs. 409. num. 10. und 16.

Gesetze die gerichtliche Wirkung in der Maße nicht eingeschränkt haben, allerdings eine gültige Klage hervorbringt. Man hat gefragt, ob die Schuld eines Studirenden, welche die in sogenannten Creditedicten bestimmte Summe überschreitet, und daher beim akademischen Gerichte nicht klagbar ist, in der Folge bei andern Gerichten völlig eingeklagt werden könne? Es kommt darauf an, ob das Creditedict ein wirkliches Verbot enthält, wodurch die Studirenden von gewissen Rechtsgeschäften völlig ausgeschlossen werden, den Einwohnern des Orts wirklich untersagt wird, ihnen Geld zu borgen, mit ihnen auf Credit zu handeln, u. s. w., oder ob nur dem Gläubiger wegen gewisser Ansprüche die Rechtshülfe versagt ist? Im ersten Falle ist die Forderung überall ungültig, und in keinem Gerichte, weder durch Klagen noch durch Einreden geltend zu machen. Im letztern Fall aber findet nur beim academischen Gerichte diejenige Rechtshülfe nicht Statt, welche das Creditedict dem Gläubiger nahmentlich entzogen hat, dahingegen der Schuldner an andern Orten gültig in Anspruch genommen werden kann [2]). Zweitens: der Satz, dessen wir bereits erwähnt haben, daß die Zeit der Verjährung einer Klage eigentlich nur nach den Gesetzen des Gerichts, wo die Forderung angebracht wird, zu bestimmen

2) Eisenhard Erzählung besonderer Rechtshändel, Th. 4. Num. 15.

men sei, ist keinem Zweifel unterworfen, wenn eine Klage, welche in dem bisherigen Gerichtsstande des Schuldners bereis verjähret worden, nach der Zeit anderswo erhoben wird, woselbst eine längere Frist erforderlich ist. Hier wird er vergeblich einwenden, daß die Schuld bereits an jenem Orte präscribirt sei [z]). Denn die Verjährung der Klage hebt keinesweges die natürliche Verbindlichkeit auf. Der Richter also, bei dem jetzt die Klage angebracht wird, ist um so mehr verbunden, den Schuldener zur Bezahlung anzuhalten, weil er den gerichtlichen Effect einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit nicht einschränken darf, wofern die Ordnung seines Gerichts, und die Gesetze, denen er selbst bei Verwaltung der Justiz unterworfen ist, ihm solches nicht deutlich vorschreiben. Fremde Rechte

z) So lehrt Huber Lib. 3. de iure ciuitat. c. 11. §. 34. imgleichen Hommel a. a. O. in den Worten: Tempus, quo actioni praescribitur, quum alibi sit breuius, alibi longius, quaeritur, an iura loci valeant, ubi contractus, ex quo actio nata, celebratus, an vero ad locum iudicii respiciendum sit. Respondeo, praescriptionem inter exceptiones esse, has vero ad procedendi modum referri, nec ad valorem contractus, sed ad tempus et locum actionis instituendae pertinere. Man sehe auch Sande lib. 1. Tit. 12. Definit. 5. und *Joh. Theoph.* Seger de vi legum et decretor. in territ. alieno, Lips. 1777. §. 10. Das Gegentheil lehren Cocceii Dissert. de fundata in territ. et plurium locor. concurr. potestate, Tit. 6, §. 8. und *Joh. Nic.* Hertius Diss. de Collisione legum, Sect. IV. §. 65.

Rechte binden ihn in dieser Hinsicht nicht. Mehr von der Verjährung wird in der Folge dieses Paragraphen noch vorkommen. **Drittens:** Wie aber wenn die Gesetze, welche eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung nicht verbieten, sondern derselben nur effectum agendi versagen, noch besonders hinzufügen, daß die Schuld auch an andern Orten nicht klagbar sein solle? Man findet dergleichen Zusätze zuweilen in den sogenannten Creditedicten für Studirende und Soldaten. Wenn diese Gesetze ein wirkliches Verbot der Handlung enthalten, so ist der Zusatz überflüßig, weil das Geschäfte seiner ursprünglichen Nichtigkeit halber ohnehin nirgend klagbar ist, und der veränderte Aufenthalt des Schuldners keine Verbindlichkeit wirken kann, die an sich wegfällt. Verordnungen aber, die den Handel an sich nicht verbieten, sondern nur im Wege Rechtens unwirksam machen, können durch jene Zusätze außer den Grenzen des Landes, wo der Gesetzgeber zu befehlen hat, Niemanden verbinden, noch weniger fremden Gerichten zur Norm gereichen. Vernünftiger Weise kann daher die Vorschrift, daß dergleichen Schulden auch an andern Orten und in andern Gerichten nicht klagbar sein sollten, sich nur auf das Territorium des Landesherrn beschränken, von dem die Verordnung herrührt, dergestalt, daß in seinem Lande kein Gericht, und keines Orts Obrigkeit dem Gläubiger die völlige Rechtshülfe

angedeihen lassen darf —. **Viertens**: In einigen Fällen des gegenwärtigen Abschnitts haben die bürgerlichen Gesetze einer bisher völlig wirksamen Verbindlichkeit in der Folge allererst nicht bloß effectum agendi abgesprochen, sondern sogar den Richter angewiesen, den Gläubiger wegen Uebertretung der Gesetze mit dem Verluste seines Rechts an sich zu bestrafen. Wenn aber außer dem, was in dieser Hinsicht schon gemeinen Rechtens ist, die Provinzialgesetze und Statuten in besondern Fällen eine ähnliche Strafe bestimmt haben, so kann diese dem Gläubiger eigentlich da nur zuerkannt werden, wo er die Gesetze beleidiget hat. Wird also die Sache bei einem Gerichte anhängig, welches diesen Gesetzen nicht unterworfen ist, so kann auch keinesweges danach gesprochen werden. Ein anderes wäre freilich, wenn der Richter jenes Orts den Gesetzen gemäß dem Gläubiger sein ganzes Recht bereits abgesprochen hätte, wodurch auf Seiten des Schuldners alle Verbindlichkeit an sich aufhören würde, so wie überhaupt die bei Einem Gerichte schon eingetretene Rechtskraft überall ihre Wirkung behauptet. Die Gesetze, welche den Wucher mit dem Verlust des Capitels oder sonst härter, als die gemeinen Rechte es ordnen, bestraft wissen wollen, mögen hier zur Erläuterung dienen [4]). Die bisherigen Grundsätze sind

4) G. L. Boehmer de delictis extra territorium admis-

sind hinreichend, unsere vorhin gedachte Regel von Einer Seite in das gehörige Licht zu setzen —. Allein es ist noch ein anderer Gesichtspunkt übrig, wo der Richter mit mehrerer Sorgfalt auf alle Umstände Bedacht nehmen muß, um Ungerechtigkeiten zu vermeiden. Wir setzen daher den obigen Grundsätzen noch diesen hinzu. **Fünftens**: Wenn die Verbindlichkeit des Schuldners, nach den Gesetzen des Orts, wo sie gewirkt worden ist, oder wo der Schuldner bisher sein Forum hatte, völlig wirksam war, die Klage aber jetzt bei einem Gerichte angebracht werden muß, wo Verbindlichkeiten dieser Art nicht völlig geltend gemacht werden können, so sind der Regel nach die Rechte des letztern Orts nur dann anzuwenden, mithin dem Gläubiger die Rechtshülfe zu versagen, wenn auf seiner Seite eine Vernachlässigung dieser Rechte und der darin enthaltenen Vorschriften erweißlich ist. Gesetze auf diejenigen anwenden wollen, welche durch keinen Beruf noch Pflicht verbunden waren, die Gesetze zu befolgen, würde eben so viel sein, als die Ungerechtigkeit auf den höchsten Grad treiben. Ein jeder Gläubiger, der ein wirkliches Recht hat, zu dessen Erlangung ihm aber die Gerichte ihren Beistand versagen, leidet; aber nur derjenige mit Recht,

missis, in Eiusd. elect. iur. ciuil. Tom 3. G. J. F. Meister principia iur. crim. §. 109.

welcher ein unwirksames Geschäft selbst an dem Orte, wo es unkräftig ist, eingeht, und dem die gesetzlichen Vorschriften deshalb nicht fremde waren. Dieser kann sich nicht beklagen, weil es seine Schuld war, sich in einen Handel und mit Personen einzulassen, von denen er wußte, daß er auf den völligen Effect im Wege Rechtens nicht rechnen durfte. Wenn gleich die Gesetze den Handel nicht verbieten, sondern nur gerichtlich unwirksam erklären, so geht doch im Grunde ihre Absicht dahin, eben durch diese Vorschrift den Unterthanen einen Beweggrund und Anlaß zu geben, gewisse Geschäfte entweder gar nicht zu schließen, oder doch mit mehrerer Vorsicht das Ihrige wahrzunehmen. Derjenige also, dem diese Gesetze bisher nicht zur Vorschrift dienen konnten, ist auch nicht füglich darnach zu behandeln. Wenn daher bei den Gerichten, wo der Schuldner jetzt zu belangen ist, eine kürzere Verjährungszeit Statt findet, als da, wo er bisher sein Forum gehabt hat, so kann die Dauer der Klage nicht sofort nach jener kürzern Frist bestimmt werden. Man setze den Fall: In dem Orte A., wo die Schuld contrahirt worden, und wo der Schuldner bisher wohnhaft gewesen ist, sind 20 Jahre zur Verjährung erforderlich. Nach Verlauf von 10 Jahren begiebt sich der Schuldner unter die Gerichtsbarkeit zu B., wo schon 5 Jahre zur Erlö-

schung

schung der Klage hinreichen, und obgleich die letztere gleich im Ersten Jahre nach verändertem Gerichtsstande erhoben wird, so glaubt er doch nach den Rechten seines jetzigen Aufenthalts die Einrede der Verjährung vorschützen zu können, weil bereits über 5 Jahre verstrichen wären, ohne daß der Kläger mit seinen Ansprüchen hervorgegangen sei. Hier würde es ungerecht sein, wenn man den Kläger abweisen wollte, da er doch seinen Schuldner nicht eher zu B. belangen, noch die dortigen Rechte beobachten konnte, als bis der Beklagte wirklich der Gerichtsbarkeit dieses Orts unterworfen worden. Man lasse sich aber hiedurch nicht zu der irrigen Folge verleiten, als ob nunmehr der Fall nach den Gesetzen des Orts, wo die Schuld contrahirt worden ist, zu behandeln sei, folglich auch der Richter zu B. erst nach 20 Jahren den Kläger abweisen könnte. Es bleibt vielmehr auch hier bei unserer Regel, daß lediglich die Gesetze des Orts, wo die Forderung in Anrege kömmt, zu befolgen sind. Nur müssen diese Gesetze ihren Gründen und Absichten nach auf den vorkommenden Fall anpassend sein. Wenn also der Gläubiger, ohne eine untadelhafte Unwissenheit der Rechte des Orts B. vorschützen zu können, seine Klage binnen 5 Jahren, nachdem der Schuldner sich dorten niedergelassen hatte, nicht anbringt, so steht ihm allerdings die Einrede der Verjährung ent-

gegen, ohne weitere Rücksicht, ob die zu A. erforderliche Zeit schon abgelaufen sei oder nicht [5]).

§. 96.

Einige Bemerkungen über die Erklärung und Anwendung dieser Gesetze.

Bei den verschiedenen Meinungen und Widersprüchen der Ausleger, welche unvermeidlich sind, wenn die Worte des Gesetzes nicht von allen Seiten die höchstmögliche Bestimmtheit haben, sind die Parteien übel daran, wenn ihre Sache einem Richter in die Hände geräth, dem es an gewissen, richtigen, und aus der Natur einer jeden Rechtsmaterie abstrahirten Grundsätzen gebricht, um dem Labyrinthe der gelehrten Zänkereien entgehen zu können. Wem der Staat die Verwaltung der Justiz anvertrauet hat, der soll und muß billig für die Vorschrift der Gesetze eine allen Eigendünkel und Klügelei gänzlich ausschließende Achtung haben, aber auch nicht minder für die Rechte und

5) Nur unter diesen Einschränkungen kann ich dem Huber beipflichten, wenn er am angeführten Orte folgenden Fall bestimmt. Noster homo Frisius in Batauis agens illic mercibus minutim venditis obligatus est, quarum actioni biennio apud nos, secus in Hollandia praescribitur. Creditor actionem post biennium in Frisia instituit, quaesitum est, an pati debeat praescriptionem biennalem, quia nunc agit in Frisia, an ea sit liberandus, quum contractus est initus in Hollandia. Respondeo, praescriptioni locum esse, *quia ius eius ad actionem non ad negotium gestum pertinet.*

und das Eigenthum der Bürger und Unterthanen. Diesen unter gewissen Umständen ihre Befugnisse absprechen, oder die Rechtsverfolgung derselben einschränken, ist durchaus eine Sache, die sich kein Richter erlauben darf, wenn nicht klare Vorschrift der Gesetze ihn dazu ermächtigt. Es ist also auch hier eine ungezweifelte Wahrheit, daß alle Verordnungen, deren wir in diesem und dem vorigen Abschnitte erwähnt haben, lediglich nur auf die besondere Gattung von Rechtsgeschäften, nur auf die Personen, und die besondern Verhältnisse, welche die Gesetzgeber ausdrücklich genannt haben, zu beschränken, nicht aber auf andere Gegenstände und Verhältnisse zu erweitern sind. Wo z. B. das Macedonianische Senatusconsultum als ein Gesetz gilt, da muß man lediglich bei den Worten desselben stehen bleiben, wonach es nur von Darlehnen gilt, die in baarem Gelde gemacht werden. Daher es weder auf andere Arten des Darlehns, noch auf sonstige Verträge, noch auf den Fall anzuwenden ist, wenn die Schuld ursprünglich nicht aus einer Geldanleihe herrührt, sondern nur durch Novation darin verwandelt worden ist [1]). Wiewol man zugeben muß, daß der Gesetzgebung selbst in dieser Hinsicht manche wichtige Einwürfe entgegen stehen, wovon aber der Richter nicht sofort in der An-

1) Mencke ad Pand. XIV. 6. 5. *Fratr.* Becmannor. Consil. et. Decis. Tom. 1. Resp. 13.

wendung Gebrauch machen darf. Heilsamer ist es freilich, nach den Gründen, welche der Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten besonders angeführt hat, bei allen Verträgen der Kinder, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, die Einwilligung des Vaters zum wesentlichen Requisit der Gültigkeit zu machen, dabei aber auch die Kennzeichen der fortdaurenden oder aufgehobenen väterlichen Gewalt so sichtbar zu bestimmen, daß Niemand, ohne grobe Unwissenheit, sich darin irren kann, und sodann auf alle Behelfe nicht weiter zu achten, die das Römische Recht dem Gläubiger ertheilt, und wodurch verschmitzte Wucherer die ganze Disposition und Absicht des Gesetzgebers nur zu leicht vereiteln können. Dergleichen sind die Sätze, daß das Senatusconsultum nicht Statt finde, wenn der Gläubiger die Eigenschaft seines Schuldners nicht gewußt, oder wenn der Vater schon vorhin Schulden für den Sohn bezahlt hätte, u. s. w. [2]) Daß übrigens der Richter die vorkommenden Rechtsgeschäfte, Personen und Sachen nur nach den Eigenschaften und Folgen, welche die bürgerliche Verordnung als gewöhn-

2) Entwurf eines allgem. Gesetzb. ꝛc. Th. 1. Seite 172. ꝛc. Allgemeines Gesetzb. für die Preuß. Staaten, II. 2. 125. und 210. ꝛc. Man sehe auch über die Kunstgriffe, welche gewöhnlich in fraudem Senatusconsulti angewandt werden, die Beiträge zur populairen Rechtsgelahrheit, Th. 1. St. 3. N. 18.

gewöhnlich dabei voraussetzt, behandeln müsse, daß die Vorschrift des Gesetzes keinen Abfall leide, wenn gleich auf Ein oder anderes Individuum der gesetzliche Grund nicht passen sollte, daß einschränkende Verordnungen, deren Grund darauf beruhet, weil gewisse Handlungen leicht üble Folgen haben, oder gemißbraucht werden **können**, dadurch ihre Anwendung nicht verlieren, wenn Jemand beweisen wollte, daß in dem vorkommenden Fall kein Mißbrauch **geschehen**, keine schädliche Folge zur Wirklichkeit gekommen sei, alles dieses ist oben §. 64. aus Gründen dargethan, welche zugleich deutlich ergeben, daß auch in den gegenwärtigen Materien allerdings davon Gebrauch zu machen sei. Gelegentlich haben wir auch schon wegen Anwendung der Römischen Gesetze, welche manchen natürlich erlaubten und verbindlichen Handlungen die gerichtliche Wirksamkeit versagen, die Vorsicht empfohlen, vorzüglich in Acht zu nehmen, ob dergleichen Verordnung auf Gründe beruhe, welche bloß der Römischen Verfassung eigen, oder die noch heutiges Tages fortdaurend sind. Wir haben gesehen, daß deshalb hin und wieder der heutige Gebrauch wegfalle, wiederum aber auch in mehrern Fällen so viel befunden, daß die Meinung des **Gerhard Gottlieb Titius** [3]), welcher nach heutigen Rechten von bloß

3) Iur. priu. cap. 11. §. 8.

natürlichen Verbindlichkeiten im strengsten Verstande der Römischen Civilgesetze gar nichts wissen will, unstreitig zu weit gehe. Was dieser sonst einsichtsvolle Rechtslehrer vorträgt, ist so seltsam, daß man es kaum der Philosophie eines **Jason** oder **Bulgarus** verzeihen würde. Hodie obligatio naturalis plena (so nennt er die natürliche Verbindlichkeit, welche zwar den völligen Effect nicht hat, jedoch nicht ganz unwirksam ist) rarior est, vel potius plane cessat. Nam solemne exemplum obligationis ex pacto nudo descendentis non occurit, obligatio vero filii familias, quae ex mutuo asseritur, vel etiam pupilli sine tutore contrahentis vix congruum exhibet exemplum, quum reuera nulla obligatio adsit. Giebt es denn etwa außer diesen Fällen nicht viel mehrere, wo natürliche Verbindlichkeit den gerichtlichen Effect nicht hat? und muß man nicht alle Grundsätze verleugnen, um behaupten zu können, daß das Darlehn eines filii familias gar keine Verbindlichkeit hervorbringe, und um dieses Darlehn mit den Geschäften eines Pupillen ohne des Vormundes Einwilligung in eine Classe zu rangiren? Das ist doch zu arg.

§. 97.

Nachtrag allgemeiner Bemerkungen über die Compensation wegen bloß natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten.

Obgleich

Obgleich der Satz, daß wegen natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten die Einrede der Compensation Statt findet, in vielen Fällen, wie bereits im Vorhergehenden gezeigt worden ist, seine unleugbare Richtigkeit hat, so versteht sich doch die Voraussetzung von selbst, daß die übrigen Erfordernisse einer rechtsgültigen Compensation gehörig vorhanden sein müssen. Die bekannten Regeln, daß die Bezahlung einer liquiden Schuld durch keine illiquide Gegenforderung aufgehalten, eine gewisse Species nicht mit einer Quantität, eine jetzt schon fällige Schuld mit einer noch nicht fälligen, keinesweges abgerechnet werden können, müssen allerdings auch in dem Falle zur Anwendung kommen, wenn wegen bloß natürlicher Verbindlichkeiten die Compensation vorgeschützet wird. Hiebei aber entsteht nun die wichtige Frage: ob der Gläubiger wenn aus erwähnten Gründen seine Einrede verworfen, und er zur Bezahlung verurtheilet worden, nicht berechtiget sei, die sonst nicht klagbare Verbindlichkeit, per modum actionis geltend zu machen? z. B. Titius hat als filius familias von mir 100 Rthlr. als ein Darlehn empfangen. Ich bin ihm in der Folge auch 100 Rthlr. schuldig geworden. Als er mich der letztern wegen belangt, schütze ich zwar die Compensation vor, allein weil seine Forderung ganz liquide, die meinige hingegen es nicht ist, so werde ich zur sofortigen Zahlung angewiesen. Darf ich nunmehr erwar-

ten, zum völligen Beweise meiner Anleihe zugelassen zu werden, und demnächst die bezahlten 100 Rthlr. wiederfordern? L. 30. und 51. D. de cond. ind. scheinen mir entgegen zu stehen. Dort heißt es: Qui inuicem creditor, idemque debitor est, in his casibus, *in quibus compensatio locum non habet*, si soluit, non habet condictionem, veluti indebiti soluti, *sed sui crediti petitionem*. Das letztere setzt aber zum voraus, daß sein creditum klagbar sein muß, welches hier wegen des S. C. maced. der Fall nicht ist. Die zweite Stelle sagt: Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si soluerimus, repetere non possumus. Alles kommt hier wol, um die Sache im Allgemeinen genau zu fassen, darauf an, daß man die verschiedenen Ursachen, derentwegen die Compensation verwerflich sein kann [1]) sorgfältig von einander unterscheide. Ist sie ihrer Natur nach darum schon unzulässig, weil die Forderung und Gegenforderung an sich nicht compensabel sind, wenn etwa nicht idem creditum et debitum vorhanden, oder die eine Schuld jetzt schon fällig ist, die andere aber noch nicht, und nun der Gläubiger

1) In meinen Beiträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1sten Stück Nr. 6. habe ich diese Materie ausführlicher abgehandelt. Cappel Diss. de praescriptione compensatione non obstante. Helmstadii 1794.

ger bezahlen muß, so kann er freilich in der Folge wegen der Geldschuld, womit ihm der Filius Familias verhaftet ist, keine Ansprache machen. Denn da die Compensation hier gar nicht eintritt, folglich die Verbindlichkeit, welche der Gläubiger seiner Seits auf sich hat, dadurch nicht gehoben wird, so kann auch nicht gesagt werden, daß er etwas indebite bezahlt habe; und mithin würde ihm nichts weiter übrig bleiben, als seine eigene Forderung mittelst einer Klage zu verfolgen. So entscheidet cit. L. 30. die Sache richtig. Nun fällt aber vermöge des S. C. Maced. das Recht zu klagen weg, und er kann daher nichts fordern. Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn die Compensation, ob sie gleich an sich wirklich eingetreten ist, dennoch nur darum vom Richter nicht anerkannt wird, weil die Gegenforderung aus der Geldanleihe nicht liquid ist. Kann hier der Gläubiger seine Gegenforderung in der Folge zulänglich beweisen, so müssen ihm die bekannten Effecte der Compensation in ihrem ganzen Umfange allerdings zu Statten kommen. Vermöge derselben war an sich die Forderung, welche der Filius Familias einklagte, schon zur Zeit der Klage ipso iure nach Verhältniß der Geldanleihe gehoben. Was also der Gläubiger wegen fehlenden Beweises bezahlen müssen, das hat er wirklich indebite gezahlt, und der Gegentheil besitzt es sine causa. Hätte dieser die

Geld-

Geldschuld eingestanden, so würde die Abrechnung sogleich eingetreten sein; durch das widerrechtliche Leugnen vor Gericht kann er sich aber nicht bereichern, folglich liegt ihm die Zurückgabe des Empfangenen ob. Dagegen kann er das S. C. Mac. nicht vorschützen, weil der Gläubiger nunmehr nicht aus der Geldanleihe selbst klagt, sondern condictione indebiti, vel sine causa die Zahlung der Nichtschuld zurückfordert. Hier sind auch die angeführten Gesetze nicht entgegen, weil L. 30. de condict. ind. den Fall voraus setzt, da die Abrechnung ihrer Natur nach an sich schon nicht Statt findet, folglich der Gläubiger wegen nicht aufgehobener Forderung und Gegenforderung, sein Creditum selbst einklagen muß; hier aber ist die Compensation an sich betrachtet wirklich geschehen, und der Gläubiger einstweilen nur wegen mangelnden Beweises zur Zahlung angehalten worden. L. 51. ebendas. redet keinesweges von solchen Zahlungen, welche man unfreiwillig auf Befehl des Richters leisten muß, und ist daher nach aller Analogie der Rechte nur von dem Falle zu verstehen, da Jemand freiwillig etwas weggegeben hatte, was er hätte zurück behalten können. Nach diesen Grundsätzen ist überall zu verfahren, wenn von der Compensation natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten die Rede ist.

Siebenter Abschnitt.

Von natürlichen Gewissenspflichten oder den sogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten, welche durch positive Gesetze die Wirkung der Zwangspflichten erhalten haben.

§. 98.

Einleitung.

Von Privatdispositionen, Verträgen, Vermächtnissen u. s. w., wodurch Gewissenspflicht in Zwangspflicht übergehen kann [1]), habe ich hier nicht zu handeln,

1) *Dan.* Nettelbladt System. element. iurispr. general. §. 287. Moses Mendelsohn leitet überhaupt die verbindende Kraft der Verträge daraus ab, weil durch sie Liebespflicht in Zwangspflicht verwandelt werde. Dem ist nun freilich nicht immer so; wiewol Schaumann im wissenschaftlichen Naturrechte §. 369. Anmerk. 1. p. 218. solches in gewissem Verstande zu rechtfertigen sucht. Man sehe dagegen Garve in seinen philosophischen Anmerkungen zu des Cicero Werk von den Pflichten, Th. 1. und 2. Seite 95. der ersten, und Seite 71. der vierten Ausgabe, welcher jedoch einen andern Grund der Verbindlichkeit aus Verträgen aufstellet, den eine genauere Prüfung eben so wenig zutreffend finden dürfte, weil nicht sowol das Recht, die wirkliche Leistung

deln, sondern ich betrachte diesen Gegenstand als Wirkung der positiven Gesetze, welche hin und wieder, was an sich nur unerzwingliche Pflicht der Menschenliebe sein würde, als wirkliche Zwangspflicht behandelt wissen wollen. Daß dieses nur unter gewissen Umständen, und in sehr bestimmten Fällen geschehen könne, versteht sich von selbst weil bei Pflichten dieser Art zu viel von individuellen Verhältnissen abhängt, weil es meistens unmöglich sein würde, die besondern Umstände auszumitteln, worauf hier alles ankommt, und weil der Gesetzgeber sonst die Freiheit des Bürgers zu sehr beeinträchtigen würde. Wenn aber dennoch **Ulpian** die ganze Summe aller gesetzlichen Vorschriften auf folgende Hauptregeln zurückführt: honeste viuere, neminem laedere, suum cuique tribuere [2]): so war es schon manchem Ausleger ein Aergerniß, das honeste viuere als einen Gegenstand des Zwangsrechts aufgeführt zu finden. **Gebauer** hält dafür, daß **Ulpian** kürzer hätte fortkommen können, und das einzige: Neminem laede, schon genügt haben würde [3]). Wer aber weiß, was die Alten unter den praeceptis einer Wissenschaft verstanden, dem wird

es

Leistung des Versprochenen zu fordern, als vielmehr nur der Anspruch auf gewisse Entschädigung daraus folgen würde.

2) L. 10. §. 1. D. de iustit. et iure.

3) Gebauer ord. instit. Lib. 1. Tit. 1.

es einleuchten, daß die Absicht des Römischen Juristen nur gewesen sei, uns die Hauptgründe zu bezeichnen, worauf am Ende die ganze bürgerliche Legislation beruhet, und da möchte Gebauer mit dem einzigen Satze: beleidige Niemand, wol zu kurz kommen. Denn allerdings giebt es Civilgesetze, die sich nicht hierauf, sondern lediglich auf das Decorum gründen. Selbst die Erklärung Hubers: Non modo est regula vitae, sed etiam indicat propositum iuris conditorum, quod nihil in arte bonis moribus aduersum tradere velint, unde rerum inhonestarum nulla obligatio, facultas ect. [4]) erschöpft die Sache nicht ganz. Denn nicht genug, daß die Gesetze nichts gegen das Decorum enthalten; sie wollen es auch hin und wieder zur Ausübung gebracht wissen, und so soll der Satz, honeste viuere, eigentlich so viel andeuten, daß ein Theil der Civilgesetze in den Regeln des Anständigen gegründet sei. Dahin gehören denn nun vorzüglich die Vorschriften, wonach in gewissen Fällen dasjenige, was an sich nur Gewissenspflicht sein würde, als wirkliche Zwangspflicht behandelt werden soll [5]).

§. 99.

4) Huber Praelect. ad Instit. Lib. I. Tit. I. §. 8.

5) Zur nähern Erläuterung dieser Materie dienen folgende Schriften: *Joh. Tob.* Richter de obligatione imperfecta ex honestate, iuris ciuilis auctoritate perfecta. Lips. 1751. *Christ. Henr.* Breuning de ciuili

§. 99.

Einzelne Fälle zur vorläufigen Erläuterung dieser Materie.

Es gehört nicht in den Plan der gegenwärtigen Schrift, diesen in der Wissenschaft der Gesetzgebung überaus wichtigen Gegenstand von der Seite, wie die Legislation ihn eigentlich behandeln sollte, weiter zu verfolgen. Denn so ist es nicht zu leugnen, daß unsere bürgerlichen Gesetze in diesem Betrachte noch hin und wieder einige Ergänzung leiden, und daß es sehr zu wünschen wäre, wenn manche Dinge, die an sich freilich zu den sogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten gehören, durch positive Vorschriften, durch versicherte Belohnungen, oder angedrohete Nachtheile mehr eingeschärft, und ein stärkerer Antrieb zur Erfüllung solcher, auf das gemeine Wol den wichtigsten Einfluß habenden Pflichten gegeben würde. Ich habe nur dasjenige, was die

ciuili obligatione et actione ex praeceptis humanitatis. Lips. 1768. *Ant.* SCHULTING de augusta hominis innocentia ad legem boni in dessen commentatt. acad. Tom. 2. p. 213. *Joh. Sam.* STRYCK *de iure liciti sed non honesti.* Halae 1733. *Joh. Paul* KRESS Diss. *Ius summum summa iniuria. Christ. Friedr.* SCHOTT Dissert. an iustum esse possit, quod non est honestum. Tub. 1756. in seinen Dissertatt. iur. natural. Tom. 1. p. 182. *Henricus de* COCCEII Diss. *de anti doris*, in Exercitatt. curios. Vol. 2. p. 859.

die Civilgesetze hierüber wirklich enthalten, etwas näher zu erläutern; meine vorzüglichste Absicht ist, die Mißbräuche und Irrthümer, welche sich in dieser Hinsicht in die Schule der Rechtsgelehrten, und von da in die Gerichte eingeschlichen haben, ins Licht zu setzen. Nicht immer haben die Gesetze, wenn sie Pflichten der Menschenliebe als eigentliche Schuldigkeit vorschreiben, sofort klagbare Verbindlichkeiten daraus gemacht, sondern hin und wieder wegen des an sich unvollkommenen Rechts, nur eine Einrede gestattet. So z. B. erlauben die Römischen Gesetze zwar nicht, den Freigelassenen durch gerichtliche Klagen zu zwingen, daß er seinem Patron gewisse Dienste leisten müsse, aber sie verordnen doch, daß die Pflichten der Dankbarkeit an sich die Forderung einer Remuneration der wirklich geleisteten Dienste ausschließen sollen, gesetzt auch, daß sie nicht in der Absicht, um eine edle Pflicht zu erfüllen, geleistet wären, sondern ein Irrthum dabei obgewaltet hätte [1]), welcher sonst in andern Fällen condictionem indebiti zulässig gemacht haben würde. Eben dieses finden wir auch 2) bei dem Brautschatze, welchen eine Person von ihrer Mutter, Großmutter, oder andern nahen Verwandten wirklich erhalten hat. Denn ob sie gleich vorher nicht hätte darauf klagen können, so soll doch die Lie-

1) Schulting de obligatione naturali, Cap. 6.

bespflicht an sich hier die Wirkung haben, daß, wenn auch das Heirathsgut nicht in der Absicht, um eine unerzwingliche Tugend auszuüben, sondern aus irriger Meinung, daß man perfecte dazu schuldig gewesen sei, entrichtet worden, dennoch das Gegebene als Nichtschuld keinesweges zurückgefordert werden dürfe [2]). Wenn 3) gesetzliche Vorschrift [3]), oder auch in besondern Fällen der Indult des Landesherrn dem Schuldner, da er seine Gläubiger nicht sofort mit baarem Gelde befriedigen kann, eine Nachsicht bewilliget, wenn 4) der Donatarius von seinem Wolthäter keine Verzugszinsen fordern darf [4]), so liegt es hier ohnehin in der Natur der Sache,

2) L. 52. §. 1. D. *de cond. indeb.* Schulting c. l. pag. 18. in fin. Cocceii lib. 12. iur. controu. Tit. 6. Qu. 5.

3) L. 31. D. *de re iud.* Ein merkwürdiges Beispiel einer solchen Vorschrift, zum Besten der durch den Krieg verarmten Schuldner, gab auch der Reichsabschied von 1654. §. 170. ꝛc. Möser Patriotische Phantas. III. 365.

4) L. 22. D. *de donationibus*: Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere summae aequitatis est; maxime, quum in bonae fidei contractibus donationis species non deputatur. Ob dieß bei uns auch gelte? Man hat die Frage verneinen wollen, weil der Grund, welcher nach Römischen Rechten die Zinsenforderung verwerflich machte, — *quum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur* — in Deutschland nicht Statt findet. *Gottl. Euseb.*

Sache, daß dadurch nur eine Einrede gegen den klagenden Gläubiger bewirket wird. In andern Fällen finden wir nun freilich, daß Liebespflicht an sich als klagbare Schuldigkeit vorgeschrieben worden, zum Beispiele, 5) daß der Vater, ja in gewissen ganz besondern Fällen auch die Mutter der heirathenden Tochter einen Brautschatz mitgeben müsse [5], 6) daß die Kinder ihrer verarmten Eltern, und diese jene zu ernähren schuldig sei [6], welches letztere nach natürlichen Zwangspflichten mit der Erziehung aufhört, nach bürgerlichen Rechten aber fortdauret.

Euseb. Oelze Tract. An et quatenus usurae ex mora a quantitatis donatore exigi possint, secundum ius romanum et hodiernum in Germania. Jenae 1768. Damit fällt aber der zweite Grund keinesweges hinweg, welchen das Gesetz ausdrücklich anführet, — summae aequitatis hoc est — freilich an sich nur Liebespflicht, die aber durch gesetzliche Vorschrift allerdings in Zwangspflicht übergeht. Man sehe auch Pufendorf Tom. II. Obs. 73.

5) L. 19. D. de ritu nuptiarum, L. fin. C. de dot. prom. Schulting c. l. c. 7. Daß auch bei uns der Vater dazu verbunden sei, hat Hombergck zu vach in seiner bekannten Dissert. de obligatione patris ad constituendum dotem etc. außer allen Zweifel gesetzt. Was in Ansehung der Mutter Rechtens sei, bestimmt L. 14. C. de iure dotium, welches Gesetz mit mehrern erläutert Vinnius select. Quaest. Lib. 2. Cap. 14. p. m. 442.

6) Schulting *de obligat. naturali.* Cap. 7. Grotius *de iure belli et pacis.* Lib. 2. c. 7. §. 4.

§. 100.

Nähere Bestimmung des gerichtlichen Zwangsrechts in Fällen dieser Art.

Es verlohnt sich kaum der Mühe, die Frage zu berühren, ob dasjenige, was an sich Liebespflicht sein würde, nachdem es einmal durch bürgerliche Gesetze wirklich vorgeschrieben worden, als Zwangspflicht zu behandeln sei, oder ob es doch nur eine unerzwingliche Verbindlichkeit bleibe? **Tobias Richter** hat darüber in seiner angeführten Dissertation eine umständliche Untersuchung angestellt, deren Resultat dahin geht, daß durch Vorschrift des Gesetzgebers die Sache in das Gebieth des Zwangsrechts übergehe —. Quis unquam dubitauit! Es versteht sich von selbst, daß in den Fällen ein anderes zu behaupten sei, wo die Civilgesetze eine Liebespflicht nur als solche in Anrege bringen, nicht aber befehlsweise vorschreiben, wovon wir unter andern in L. 1. §. 3. D. de peric. et comm. rei, vend. und L. 12. D. de administr. tutor. Beispiele antreffen. Wenn aber dergleichen mehr anrathende und empfehlende Bestimmung in den Gesetzen nicht angetroffen wird, so ist billig anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch seine Vorschriften perfecte zu verbinden die Absicht gehabt habe. Inzwischen leitet uns selbst die Natur der Sache, und die innere Beschaffenheit der gegenwär-

tigen Materie hiebei auf folgende Grundsätze, welche die Gerichte billig nie außer Acht zu lassen haben. I. Was an sich nur Gewissenspflicht sein würde, gehört lediglich in den besondern Fällen, welche die Gesetze ausdrücklich genannt haben, vor das äußere Forum; in allen übrigen Fällen darf der Richter die Gränzen nicht überschreiten, welche der Römische Rechtsgelehrte **Paullus** ihm vorzeichnet: Etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae seruanda arbitrio est [1]). Ich sage aber mit Fleiß: was an sich nur Gewissenspflicht **sein würde**; denn II. irrig wäre es, wenn man verlangen wollte, daß in allen den einzelnen Fällen, wo dergleichen positive Vorschriften anzuwenden sind, auch immer eine der sogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten wirklich vorhanden sein müsse, folglich derjenige von Erfüllung der bürgerlichen Legislation sich dispensiren dürfe, welcher zeigen wollte, daß er seiner Seits an sich auch nicht imperfecte zu dem gehalten sei, was die Civilgesetze ihm auflegen. Dieses gehörig nach allen individuellen Verhältnissen auszumitteln, würde eines-

1) L. 12. §. 3. D. de Administr. et peric. tutor. verglichen Seneca de beneficiis VII. 26. Auch **Möser** in seinen Patriot. Phantas. III. 367. hat hierüber viel Wahres gesagt, welches Richter, die bisweilen geneigt sind, unter dem Vorwande der Billigkeit die Gränzen ihres Amts zu überschreiten, sehr wol zu erwägen haben.

theils in unzähligen Fällen fast unmöglich sein, und anderntheils mit der Absicht der Gesetzgebung nicht übereinkommen, welche hier nicht sowol die Erfüllung einzelner Liebespflichten an sich, als vielmehr gewisse Forderungen der Billigkeit und des Anständigen nach einigen Verhältnissen im Ganzen zum Vorwurfe hat; weshalb auch ihren Vorschriften im Allgemeinen nachzuleben ist, ohne auf das wirkliche Verdienst des einen, und die wirkliche Liebespflicht des andern Theils in bestimmten Vorfällen weiter Rücksicht zu nehmen, es wäre denn, daß die Gesetze selbst dergleichen Ausnahmen geordnet hätten. z. B. Daß Jemand aus gewissen Ursachen seine Notherben von der künftigen Succession gänzlich ausschließen könne u. d. m.

III. Inzwischen versteht es sich von selbst, daß bei Anwendung der bürgerlichen Gesetze, welche uns Verbindlichkeiten auflegen, die an sich zu den nicht erzwinglichen gehören, allemal auf die Verhältnisse, welche die Legislation im Allgemeinen dabei voraussetzet, insbesondere aber auf die Art der Wirkung, welche solchen Verbindlichkeiten ausdrücklich beigelegt ist, genaue Rücksicht genommen, die ganze Rechtshülfe darauf beschränkt, und keine weitere Ausdehnung gestattet werden müsse. Es haben daher diejenigen nicht unrecht, welche behaupten, daß der Vater nicht schuldig sei, der Tochter aus seinem Vermögen einen Brautschatz mitzugeben, wenn jene

zulänglich

zulänglich eigene Mittel besitzt [2]). Eben daher fließt auch von selbst, daß in Fällen, wo die Gesetze nach Anleitung des vorhergehenden §. nur eine Einrede wegen Verbindlichkeiten dieser Art gestattet haben, der gerichtliche Effect ohne Ungerechtigkeit nicht weiter extendirt werden dürfe, und daß Liebespflichten an sich nur in sofern die Kraft einer Zwangspflicht überkommen können, als der bürgerliche Gesetzgeber solches ausdrücklich geordnet hat. Ich vermuthe wol, daß mancher Leser die bisherigen Anmerkungen eben um der auffallenden Evidenz willen, vielleicht gar überflüssig finden möchte. Allein eine Menge Unrichtigkeiten, welche hin und wieder noch ihre Anhänger finden, und wovon der folgende §. die Beispiele zeigen wird, ergeben es nur zu deutlich, daß man jene Grundsätze gerade in den Streitigkeiten, welche sofort ihre Entscheidung daraus hernehmen, fast gänzlich außer Acht gelassen hat, und daß mithin eine nähere Anrege derselben nicht überflüssig sei.

§. 101.

Kurze Widerlegung verschiedener Irrthümer.

Zu den Mißbräuchen und Irrthümern, welche nach und nach in dieser Hinsicht eingeschlichen sind, hat ein höchstseltsamer Gebrauch der Lehren des Chri-

2) *Car. Frid.* Walch *introd. in controuers. iur. ciu.* Sect. 1. Cap. 2. M. 1. §. 13. edit. 3. §. 15.

stenthums in gerichtlichen Streitigkeiten, vorzüglich aber auch die Mißdeutung einiger Stellen in unsern Rechtsbüchern Anlaß gegeben. Wem ist z. B. unbekannt, 1) daß sogar angesehene Rechtslehrer die Injurienklagen für unrecht und verwerflich gehalten haben, weil sie mit den Grundsätzen der Christlichen Sittenlehre im Widerspruch ständen [1]). Nicht minder sind auch die Römischen Gesetze [2]), welche im Allgemeinen den Richter auf Billigkeit verweisen, jedoch unter dem Worte aequitas wirklich die Vorschriften des natürlichen Zwangsrechts verstehen, dennoch dahin gemißdeutet worden, daß man am Ende gar, unter Vorschub des Christenthums, bei gänzlich fehlenden vollkommenen Ansprüchen die sogenannte imploratio-nem iudicis ecclesiastici ad euitandum peccatum zu gestatten pflegte [3]). Ein Mißbrauch, welcher sich dergestalt verbreitet hatte, daß mehrere Gelehrte es der Mühe werth fanden, sich mit einer umständlichen Widerlegung desselben zu beschäftigen [4]). Wenn nun gleich dieser Irrthum sich überhaupt in der Anwen-

1) J. C. Schmidt practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 1253.

2) L. 4. §. 1. D. de eo, quod certo loco. L. 90. L. 183. D. de Reg. iur. L. 8. C. de iudiciis.

3) *Frid. Alexand.* Künhold de imploratione officii iudicis actionum forensium vicario. Lips. 1720.

4) *Just. Henning* Boehmer Iur. eccles. protestant. Lib. 1. Tit. 32. *Henr.* Wagner Meditat. ad Boehmeri doctrin. de action. Sect. 1. Cap. 2. §. 29.

wendung merklich verloren, ja in protestantischen Gerichten als allgemeiner Grundsatz gänzlich aufgehört hat, so findet man doch in mancher besondern Hinsicht noch immer fortdaurende ähnliche Unrichtigkeiten und Mißbräuche des richterlichen Amts. Dahin gehöret 3) der Satz, welchen auch die neuesten Lehrbücher noch aufnehmen, daß, obgleich die sogenannte unvollkommene Verbindlichkeit nicht durch Klagen verfolgt werden könne, dennoch die vorhandene Liebespflicht an sich condictionem indebiti eben so, wie die Zwangspflicht hindere [5]), da doch die Gesetze selbst dieses nur in einigen besondern Fällen bestimmt haben, woraus man keine Regel fürs Allgemeine machen sollte. Ich habe indessen diesen Punkt bereits oben §. 49. wie auch in einer daselbst angeführten besondern Schrift mit mehrern erläutert, weshalb ich mich hier einer Wiederholung überheben kann. Wenn hiernächst 4) L. 183. *de reg. iur.* gesagt wird: Etsi nil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi aequitas euidens poscit subueniendum est: so ist es gewiß nicht weniger unschicklich, mit Hülfe dieser Worte bloße Pflichten der Menschenliebe ohne weitere besondere Vorschrift der positiven Gesetze vor das äußere Forum zu ziehen, als es widerrechtlich ist, vermöge gedachter Regel die Beobachtung der Testaments-

5) Hellfeld iurispr. forens. §. 829.

feierlichkeiten in mehrern Fällen nachzulassen, als die Gesetze selbst ausdrücklich genannt haben. Denn der ganze Zusammenhang jener Worte des **Marcellus** in L. 7. D. *de in integr. restit.* zeigt es deutlich, daß sie eigentlich nur den Grund bezeichnen sollen, weshalb denen, die ihrer Abwesenheit wegen die Form des Processes nicht gehörig beobachten können, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeien soll, woraus also das Unschickliche der weitern Anwendung von selbst erhellet. Ueberhaupt ist es ein bekannter Fehler, dessen sich die Ausleger des Römischen Rechts sehr oft schuldig machen, daß sie die in dem Titel de regulis iuris vorkommenden Rechtsprincipien nach Maßgabe des Wortverstandes als allgemeine Gesetzliche Vorschriften zur Anwendung bringen, ohne zu bedenken, daß diese Fragmente sich häufig nur auf einzelne Rechtsmaterien beziehen, oder auch bloß zur Erläuterung besonderer Anordnungen des ältern Civilrechts dienen sollen, und daß es daher desto nöthiger sei, mit Hülfe der Inscription den eigentlichen Zusammenhang der Worte genau zu prüfen. Noch weniger ist aber

ε) auf solche sogenannten Rechtsregeln zu achten, die man gar nicht einmal in den Gesetzen selbst antrifft, sondern welche nur von den Auslegern bei Gelegenheit gewisser einzelnen Vorschriften aufgestellt sind. Dahin gehört vorzüglich das bekannte:

Quod

Quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli. Die Gesetze disponiren dieß eigentlich nicht. Was sie wirklich enthalten, und woraus endlich der erwähnte Satz gebildet worden ist, sind folgende Worte des Paullus L. 2. §. 5. D. *de aqua et aquae pluu. arcend.*: „Opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere aduersus vicinum si velim aggerem *restituere* in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nil nociturus est. Haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur.“ Den besondern Fall aber, worauf sich dieses eigentlich beziehet, ergeben die Anfangsworte der gedachten Stelle noch genauer: Aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua *mihi noceret*. Wer siehet also nicht, daß jene Regel, wie sie gewöhnlich lautet, hier gar nicht vorkommt. Es soll der Nachbar berechtigt sein, auf meinem Lande einen Damm wieder herzustellen, weil mir dieses ganz unschädlich ist, hingegen es ihm zum Nachtheil gereichen würde, wenn die Herstellung unterbliebe. Die Worte: prodesse potest, deuten daher in natürlicher Verbindung mit den vorhergehenden darauf, daß wirklicher Nachtheil durch gewisse Unternehmungen auf fremden Grund und Boden abgewandt werden soll. Nicht aber wird der Nachbar berechtigt, bloß zu seinem Vortheile sich des Meinigen

zu

zu bedienen, geſetzt auch, daß ich in der That nicht den mindeſten Schaden davon hätte. Der gewöhnliche Satz, quod tibi non nocet alteri vero prodest, ad id poteris compelli, ſo wie man ihn außer jenem Zuſammenhange vorbringt, führt natürlich zu Mißbräuchen und Eingriffen in die Freiheit und Rechte des Privateigenthums, welche die Geſetze ſelbſt doch gar nicht geſtatten. Dieſe Faſſung der Regel kommt auch mit ihrer Quelle ſchon darum nicht überein, da der Eigenthümer nach Vorſchrift des Geſetzes in dem Seinigen nur etwas zulaſſen ſoll, nicht aber ſchuldig erklärt wird, dasjenige, was ihm unſchädlich iſt, einem andern zu leiſten; folglich iſt der allgemeine Zuſatz: ad id poteris compelli, wiederum zu willkührlich von den Auslegern beigefügt, und dem Sinne nicht genau genug angemeſſen. Folgende Worte des **Georg Beyer** [6]) verdienen hier angemerkt zu werden: Quantus sit abusus Legis 2. §. 5. *de aqua et aquae pluu.* praesertim apud eos, qui humaniora iuris alto supercilio despiciunt, dici vix potest. Generalem inde exsculpunt regulam, quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli. Unde quoties thesis reperitur, aequitate quadam suffulta, quin et saepe in eorum cerebro orta, eam auctoritate huius regulae muniunt.

6) *Georg* Beyer Exercitationes thematum ex vario iure selectorum. Lips. 1703. exercit. 1. §. 4.

niunt. Concedo te posse compelli ad *paciendum*, si quid agam, quod mihi prodest, et tibi non nocet, de quo causa dicta lex 2. loquitur. Nego te posse compelli *ad faciendum* aliquid. Id enim si admitteretur, corrueret tota doctrina de differentiis iuris perfecti et imperfecti, et quilibet ad res meas ipsi commodandas contra rationem iuris ciuilis auctoritate iudiciali me cogeret, quum tamen ipsa lex citata diserte dicat, neminem cogi posse ut vicino prosit, sed ne noceat. Praestaret itaque hanc legem quae ad materiam tituli ad Exhibendum plane non pertinet, ex eodem et aliis titulis plane expungere, quum verus sensus sit: *Nemo me prohibere potest, quo minus in meo faciam quod mihi prodest et ipsi non nocet, sed id pati omnino tenetur.* Soll nun Statt der bisherigen Regel eine andere in der Eigenschaft einer allgemeinen Vorschrift eintreten, so ist freilich die Abänderung, welche Beyer am Ende anräth, schicklicher; aber ich sehe nicht ein, wie er dieß verum sensum citatae legis 2. nennen konnte; denn das Gesetz redet ja ausdrücklich von dem, was Jemand auf fremdem Grund und Boden, nicht aber auf dem Seinigen zu unternehmen befugt sei, und auch da läßt sich nicht behaupten, daß der Eigenthümer allemal schuldig sei, zu leiden, was ihm nicht schadet, und einem andern nutzet, sondern

es

es beschränkt sich alles auf die besondern Fälle, wo die Gesetze es nahmentlich vorgeschrieben haben, und in diesen besondern Fällen ist der gedachte Grundsatz ratio legis, mit nichten aber eine allgemeine Vorschrift —. Dieß mag in Rücksicht der Hauptquellen, woraus so viele einzelne Irrthümer von Zeit zu Zeit veranlaßt sind, genügen. Zum Beschluß noch einige besondere Beispiele.

§. 102.

Fortsetzung.

Man hat gefragt: ob ein gemietheter Dienstbothe, den seine Krankheit behindert, die schuldigen Dienste zu leisten, dennoch den völligen Lohn zu fordern berechtigt sei? Einer jeden nicht lange daurenden Behinderung wegen, sogleich den Lohn zu kürzen, würde freilich sehr hart, und selbst den Rechten zuwider sein [1]). Die Frage betrifft eigentlich den Fall, wenn die Krankheit des Bedienten so anhaltend ist, daß der Herr eine beträchtliche Zeit hindurch, oder gänzlich der Dienste hat entbehren müssen. **Leyser** [2]) hält dafür, daß der Bediente auch dann den völligen Lohn fordern könne. **Struben** [3]) hat ihn aber gründlich widerlegt. Gesetze, die

1) L. 27. *Locati conducti* Voet Comment. ad Pand. Tit. cit. §. 27.
2) Leyser Spec. 212. Med. 5.
3) Struben Rechtl. Bedenken. Th. 3. N. 69.

die der Meinung des **Leyser** beipflichten, giebt es nicht, wie sein angeführter Gegner deutlich gezeigt hat; das natürliche Zwangsrecht ist aber der Forderung des Bedienten unstreitig entgegen [4]), und es bleibt daher höchstens nur eine Liebespflicht in Ansehung des Dienstherrn übrig, wobei aber einestheils folgende Bemerkung des **Struben** sehr richtig ist: „Nicht selten beschwert es den Herrn mehr, doppelsten Lohn zu geben, als den Dienstbothen, dessen „auf einige Zeit zu entbehren. Mancher Bürger „und Bauer, dem es sauer fällt, seinen Lebensunterhalt zu erwerben, kann eines Knechts oder einer Magd nicht entrathen, aber keine zwei ernähren; dahingegen die kranken Dienstbothen vielfältig „von ihren Eltern eben so leicht erhalten werden können, welche mehr verpflichtet sind, sich ihrer anzunehmen, als der Brodtherr;“ anderntheils aber entscheidet sich, nach Anleitung unserer obigen Grundsätze, der ganze Streit dadurch von selbst, daß die völlige Bezahlung des Lohns, weil sie doch immer nur auf eine Liebespflicht hinausgehen würde, durch richterliche Hülfe ohne Beistand klarer Gesetze nicht zu erzwingen ist [5]). — 2) Man ist ferner darüber uneinig,

4) Coccei ad *Grotium* de iure belli et pacis. Lib. 2. Cap. 12. §. 18. pag. 202. Wolff Iur. Natur. Part. IV. §. 1262.

5) Titius ad *Lauterbach.* Obseru. 603.

nig, ob Brüder und Schwestern einander zu ernähren schuldig sind? Die gewöhnliche Meinung ist noch immer dafür, diese Verbindlichkeit zu bejahen; wiewol von einigen das Gegentheil behauptet wird [6]). Ohne Zweifel verdient das letztere den Vorzug. Nach dem Naturrechte ist die erwähnte Verbindlichkeit an sich nur eine unerzwingliche Pflicht der Menschenliebe, und sie kann daher nur in so fern in eine vollkommene und erzwingbare Schuldigkeit übergehen, als die bürgerlichen Gesetze es ausdrücklich verordnet haben. Die besondern Vorschriften aber, woraus die gemeine Meinung eben dieses herleiten will, gehören theils gar nicht hieher [7]); theils

6) *Frid.* Behmer nou. iur. controu. T. 2. Obs. 150. *Frid.* Popp Diss. de imperfecta fratrum sororumque ad se inuicem alendos obligatione. Altorfii 1780. Unter den Vertheidigern der gemeinen Meinung geht wohl Leyser am weitesten, da er nicht allein Spec. 325. Med. 1. 2. zwischen Eltern und Kindern, Brüdern und Schwestern, diese Verbindlichkeit behauptet, sondern sogar Spec. 324. Med. 1. 2. überhaupt die Schuldigkeit einem Dürftigen Alimente zu reichen, als eine Zwangspflicht vertheidigt, und die unterlassene Erfüllung derselben als Verbrechen geahndet wissen will, wenn der Dürftige dadurch umgekommen sein sollte. Er hat diese Zwangspflicht nicht bewiesen. Die Stellen aus Gratians Decret, worauf er sich beruft, deuten in ihrer unbestimmten Fassung es sogleich an daß sie im Ganzen die Sache nur als Gewissenspflicht einschärfen sollen.

7) Nou. 89. Cap. 12. §. 6. L. 73. §. 1. D. de iure dotium.

theils aber beziehen sie bloß die Frage: ob ein Vormund in gewissen Verhältnissen den Geschwistern seines Pupillen diese Liebespflicht zu erzeigen habe [8])? welches aus besondern Gründen bejahend entschieden wird. Denn da der Pupill selbst noch nicht über das Seinige disponiren kann: so ist es nicht unbillig, dem Vormunde die Erfüllung solcher Pflichten zu überlassen, von denen zu vermuthen ist, daß der Pupill sich ihnen nicht entziehen würde, wenn er die Verwaltung des Seinigen selbst hätte. Man findet es unbillig, die Geschwister darum Noth leiden zu lassen, weil derjenige, der ihnen zu Hülfe kommen könnte, und billiger Vermuthung nach auch helfen würde, nicht im Stande ist, über das Seinige zu verfügen. Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn die Erfüllung dieser Lie-

dotium. Denn was die erstere Stelle von der Schuldigkeit der ehelichen Kinder, ihre natürlichen Geschwister zu ernähren, verordnet, gehet eigentlich dahin, daß jene als alleinige Erben solches thun sollen. Die zweite Stelle sagt kurz nur dieses: „Eine Frau mache „keinen üblen Gebrauch von ihrem Heirathsgute, und „es könnte ihr daher auch während der Ehe eingehändigt werden, wenn der Zweck wäre, ut egentem fratrem sororemue sustineat;“ vorausgesetzt, daß sie freiwillig dazu bereit ist; aber daß sie es thun müsse, davon steht hier kein Wort. Ueberhaupt findet man an dieser Stelle eigentliche verba dispositiua gar nicht.

8) L. 13. §. 2. D. de admin. et peric. tutor. L. 4. D. ubi pupill. educ. L. 1. §. 3. D. de tutel. et ration. distrah.

bespflicht von dem verweigert wird, der die alleinige Disposition über das Seinige schon selbst hat. Ich gebe es gern zu, daß Gesetze, welche richterlichen Zwang gegen ihn gestatteten, nicht ungerecht sein würden; aber darf es ohne solche Gesetze auch der Richter thun? das ist es, was ich nach obigen Grundsätzen mit Recht zu verneinen glaube. 3) Ob es gleich in einigen Fällen sehr löblich, ja nach Verhältniß der Personen und Umstände Pflicht eines gewissenhaften Erben sein kann, den letzten Willen des Verstorbenen ganz zu erfüllen, ohne von den bürgerlichen Gesetzen, wonach derselbe entweder ganz oder zum Theil nicht bestehen würde, Gebrauch zu machen, so ist doch nicht abzusehen, wie man hat behaupten können, daß jeder Erbe dazu in seinem Gewissen verbunden sei [9]), da doch das

9) Schulting de obligat. naturali. Cap. 12. fin. *Ulric.* Huber Digression. Iustinian Lib. IV. Cap. 34 — 37. haben diesen Irrthum bündigst widerlegt. Wenn unsere Civilgesetze bisweilen selbst das Dasein einer solchen Verbindlichkeit behaupten, so sieht man sogleich aus dem Inhalte, daß dabei die besondern Verhältnisse eines bestimmten Falles zum Grunde liegen, z. B. L. 38. D. *de fideicommiss. libertat.* Was der fromme **Brunnemann** und Consorten daraus im allgemeinen folgern, ist grundfalsch. Die Stellen, welche Westenberg de causis obligationum Dissert. I. Cap. 4. §. II. anführet, um naturalem obligationem ex testamento minus solemni überhaupt darzuthun, beweisen hier gar nichts. z. B. §. 40. I. de rer. divis.

das Ansehen und die verbindende Kraft eines bürgerlichen Instituts an sich nicht weiter gehen kann, als es die Gesetze selbst verordnet haben, und wenn etwa ja das Verhältniß zwischen dem Erblasser, dem Erben, und dem, der in der ungültigen Disposition bedacht worden ist, hin und wieder eine Gewissenspflicht der Dankbarkeit und Menschenliebe zur Erfüllung des letzten Willens begründen sollte: so ist doch dieses alles zu sehr von individuellen Beziehungen; von den Vermögensumständen, Bedürfnissen, und dem gegenseitigen Betragen der Parteien abhängig, daß sich darüber, selbst was die Liebespflicht an sich betrifft, im Allgemeinen nichts gewisses bestimmen läßt. Kein Gesetz aber hat die Gerichte angewiesen, darauf Rücksicht zu nehmen, ja sie gestatten sogar, wenn die Zahlung aus einem Irrthum geschehen sein sollte, die Zurückforderung derselben [10]). Sollte indessen Jemand einen solchen letzten Willen wissentlich erfüllt, oder sich freiwillig,

uis. wo es von dem derivativen Erwerb des Eigenthums heißt: Nihil tam conueniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi. Wie gehöret das hieher? Bei den übrigen Stellen, welche er anziehet, L. 2. und L. 32. C. *de fideicommissis*, fällt das Inconsequente eben so sehr auf.

10) L. 7. C. *de condict. indeb.* L. 9. C. *ad Leg. Falcid.* Westenberg cit. l. §. 13. Schulting loc. cit.

willig, es sei nun stillschweigend oder ausdrücklich, zur Erfüllung anheischig gemacht haben, so ist er freilich in der Folge daran gebunden, jedoch unter der billigen Einschränkung, welche jede Entsagung unserer Rechte mit sich bringt, daß dergleichen in Einem Punct geschehene Anerkennung des sonst ungültigen Testaments, nicht auf andere Puncte ausgedehnt werden dürfe; wofern sie nicht mit jenem in einer solchen Verbindung stehen, welche das Gegentheil nothwendig mit sich bringt.

Achter Abschnitt.

Vom Pfandrechte, wegen bloß natürlicher Hauptverbindlichkeiten.

---

§. 103.

Einleitung.

Es ist zwar nicht ganz einerlei, sondern in Ansehung des rechtlichen Effects ein großer Unterschied, ob die Hauptschuld, derentwegen die Verpfändung geschehen ist, in einer bürgerlich vollgültigen, oder bloß natürlichen Verbindlichkeit besteht. Indessen haben wir mehr als eine gesetzliche Vorschrift, wonach die Gültigkeit der Verpfändung an sich auch bei Verbindlichkeiten letzterer Art allerdings zu behaupten ist. Dieß bestätigen L. 5. pr. D. *de pignoribus:*

Res

Res hypothecae dari posse sciendum est, pro quacunque obligatione, — vel pro ciuil, vel honoraria, *vel naturali*; imgleichen L. 14. §. 1. ibid.; Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseuerare constitit; ferner L. 101. D. *de solut.*: Paullus respondit, quum creditor pignus distraheret, licere ei, pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, *quae natura tantum debeatur*; verglichen mit L. 5. §. 2. ibid. Ob aber bei dieser Gültigkeit des Pfandrechts an sich, auch eben die gerichtliche Wirkung desselben eintrete, welche sonst bei völlig klagbaren Verbindlichkeiten Statt findet, folglich der Gläubiger, wenn auch die Hauptschuld nur in einer bloß natürlichen Verbindlichkeit im strengern Verstande besteht, dennoch das Pfand nicht nur retiniren, sondern auch vermittelst der hypothekarischen Klage sowol gegen den Hauptschuldner, als auch gegen den dritten Besitzer, verfolgen könne? ist eine Frage, welche man bisher nicht genau und vollständig genug zu untersuchen sich hat angelegen sein lassen. Es kann aber das Pfand bestellt sein, entweder von dem Schuldner selbst, oder vermittelst der Intercession von einem Andern [1]). Letzteres hängt natürlich von den Grundsätzen ab, welche von Intercessionen und Bürgschaften in dieser Hinsicht über-

1) L. 5. §. 2. D. *de pignorib.* L. 2. D. *Quae res pign.* Erxleben de pignoribus, §. 10.

haupt gelten. Davon also im folgenden Abschnitte mit Mehrerm. Das Erstere ist es, womit wir uns hier zu beschäftigen haben.

§. 104.

1) Wenn die Hauptverbindlichkeit ganz fehlt oder aufhört, so fällt auch das Pfandrecht weg —. 2) Ueber die vermeinten Ausnahmen von dieser Regel.

Da das Pfandrecht seinem Begriffe nach ein accessorisches Recht ist, und lediglich die Bedeckung einer Hauptschuld zur Absicht hat, so liegt es in der Natur der Sache, daß es sich ohne Hauptschuld schlechterdings nicht gedenken lasse. Gleichwol ist in L. 2. C. *de luit pign.* folgendes verordnet: Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. Unsern beßten Kritikern hat dieses Gesetz Schwierigkeiten gemacht, und wenn wir der Meinung des **Hugo Donell** [1]) beipflichten wollen, so ist es mit der Analogie gar nicht zu vereinigen, weshalb er auch mittelst Einschiebung der Negation zur Verbesserung des Textes seine Zuflucht nimmt: vincula pignoris NON durare etc. und sich dadurch freilich am kürzesten aus der Sache hilft —. **Cujaz** ist hier bescheidener, und will die angeführten Worte auf den Gegenstand der vorhergehenden Verordnung gedeutet

1) *Hugo* DONELLUS Comment. in Libr. VIII. Cod. Tit. 31. pag. m. 659.

gedeutet wissen, als worin enthalten ist, daß ein Miterbe durch Bezahlung seines Antheils an der Hauptschuld noch nicht den geringsten Theil des Pfandes frei mache, weil das Pfandrecht untheilbar ist, und nicht eher aufhört, als bis die ganze Pfandschuld getilgt worden [2]). Es giebt aber auch außer der nächst vorhergehenden Stelle noch mehrere Gesetze, welche dem Gläubiger die Verfolgung seines Pfandrechts erlauben, ob er gleich keinen persönlichen Anspruch weiter anbringen darf [3]), welches die Gelehrten veranlaßt hat, diese Fälle, vermöge der angeführten L. 2. C. de luit. pign. als wirkliche Ausnahmen von der Regel, daß ohne Hauptschuld kein Pfandrecht Statt finde, anzumerken. **Erxleben** erklärt die Sache so: Accessoria sunt duplicis generis. Nam vel per se non subsistunt, vel sublata re principali adhuc possunt cogitari. In ultima classe pignus suum occupat locum [4]). Ich zweifle aber sehr, ob die Sache sich wirklich so verhalte, und ob nicht vielmehr der zu Anfange dieses §. angeführte Grundsatz unter diejenigen gehöre, welche schlechterdings keine Ausnahmen leiden. Denn besteht das Wesen des Pfandes

2) *Jac.* Cuiacius Lib. 5. Obseru. Cap. 32. und Lib. 15. Cap. 23. Diesem pflichtet bei E. C. Westphal vom Pfandrechte, §. 9. Entgegen ist ihnen Bachov de pignoribus, Lib. IV. Cap. 2. p. m. 361.

3) L. 30. §. 1. ad L. aquil. L. 59. ad S. C. Trebell.

4) Erxleben de pignoribus, §. 6.

darin, daß es zur Bedeckung und Sicherheit einer Schuld gereichen soll, so ist nicht abzusehen, wie es Statt finden könne, wenn an sich gar keine Hauptschuld vorhanden wäre, oder dieselbe ganz aufgehört hätte, und das müßte doch in den Fällen zutreffen, welche sich wirklich zu Ausnahmen von jenem Grundsatze qualificiren sollten. Es setzt aber das Wesen und der Begriff des Pfandes nichts mehr voraus, als das Dasein eines Rechts und einer Verbindlichkeit an sich, wozu jedoch, wie wir schon mehrmalen bemerkt haben, nicht immer erfordert wird, das dieses Recht und diese Verbindlichkeit auch in bürgerlichen Gerichten völlig wirksam sei. Das letztere kann in mancher Hinsicht wegfallen, und darum nichts destoweniger Recht und Verbindlichkeit an sich vorhanden sein und fortdauern. Wenn also die obige Regel das Dasein einer Hauptschuld an sich erfordert, so ist es einestheils nicht nothwendige Folge, daß diese Hauptschuld völlig wirksam und klagbar sein müsse, und anderntheils enthalten die Fälle, wo etwa dem Pfandgläubiger keine persönliche Klage zusteht, keine Ausnahme von jener Regel, weil die Hauptschuld selbst noch nicht aufhört, wenn sie auch mittelst gerichtlicher Klagen etwa nicht verfolgt werden kann. Schon die im vorigen §. angeführten Gesetze, wonach das Pfandrecht allerdings besteht, wenn die Hauptschuld eine bloß natürliche Verbindlichkeit ist,

über-

überzeugen uns davon völlig; und solchemnach enthalten auch die Gesetze, welche man als Ausnahmen von jener Regel anzuführen pflegt, dergleichen eigentlich gar nicht. Denn in L. 2. C. *de luit, pign.* steht nicht, daß das Pfandrecht bei gänzlich fehlender **Hauptverbindlichkeit** fortdauern könne; — sondern ausdrücklich lauten die Worte dahin: vincula pignoris durare *personali actione* submota. Man hat also gar nicht Ursache, mit **Hugo Donell** die Richtigkeit des Textes zu bezweifeln, auch nicht mit **Cujaz** diese Worte lediglich auf den Fall, dessen in der nächst vorhergehenden Stelle erwähnt wird, zu beschränken, noch weniger eine Ausnahme von der Regel, daß kein Pfand ohne Hauptschuld Statt finde, daraus herzuleiten. Die Gesetze wissen davon nicht. Denn, was den Fall in L. 1. C. *de luit. pign.* betrifft, so hört ja dadurch, daß ein Miterbe bezahlt, nicht die **ganze** Schuld auf. Das Pfandrecht kann aber, seiner Natur nach, auch gegen denjenigen ausgeübt werden, welchen selbst die persönliche Schuld nicht angeht, und das muß sich also auch der Miterbe gefallen lassen, welcher seinen Antheil der Hauptschuld bezahlt hat; folglich findet sich hier gar keine Ausnahme von der Regel, welche nur will, daß die Hauptschuld nicht gänzlich aufgehoben sein müsse, wenn das Pfandrecht gelten soll, keinesweges aber, daß derjenige, gegen den das Pfandrecht ausgeübt

wird, der Hauptschuldner sein müsse, woraus die Absurdität folgen würde, daß die im Wesen des Pfandes liegende Befugniß, solches gegen einen Dritten zu verfolgen, unter die Ausnahmen von jener Regel gehöre. Eben so wenig findet man dergleichen auch in L. 30. §. 1. *ad L. aquil.* und L. 59. *ad S. C. Trebell.*; wol aber erhellet aus diesen Gesetzen, daß immer eine wahre, obgleich übrigens nur bloß natürliche Hauptschuld wirklich vorhanden sein müsse, um ein gültiges Pfandrecht zu behaupten. Solche Fälle hingegen, wo die Hauptverbindlichkeit an sich ganz wegfiele, und doch das Pfand fortdaurete, finden wir nirgends [5]). Ich würde mich bei dieser Untersuchung nicht aufgehalten haben, wenn der Gegenstand des gegenwärtigen Abschnitts nicht vor allen Dingen ganz unumgänglich die bisherige Berichtigung erforderte, wie die Folge sogleich mit Mehrerm zeigen wird.

§. 105.

Von den Fällen, wo das Pfandrecht in dieser Hinsicht der Regel nach gänzlich wegfällt.

Ehe nun die Gültigkeit und Wirkung des Pfandes bei einer bloß natürlichen Hauptverbindlichkeit in

5) Bachov l. c. p. 366. Averanius interpret. iur. Lib. 2. c. 12. Man sehe auch *J. C.* Francke Diss. de obligatione accessoria, principali quoad effectus ciuiles submota, nonnumquam valida. Viteberg. 1786.

in nähere Untersuchung kommen kann, ist vor allen Dingen auszumachen: ob in dem vorkommenden Falle überhaupt eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden sei? Denn wo diese selbst wegfällt, es sei nun nach der Natur des Geschäftes oder Vorganges an sich schon, oder in Rücksicht auf das Verhältniß der Sache im bürgerlichen Zustande, da läßt sich auch kein gültiges Pfandrecht denken [1]). Ob inzwischen unsere Systeme und Lehrbücher diesen Gegenstand gehörig ins Licht setzen? ist sehr zu bezweifeln. Sie begnügen sich fast durchgängig mit dem Satze, daß wegen einer sogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit kein gültiges Pfandrecht Statt finde. Man kommt aber nicht gänzlich damit durch; vielmehr ist in dieser Hinsicht noch mancherlei zu unterscheiden. 1) Ob dem vermeinten Gläubiger die hypothekarische Klage zustehe? Diese Frage hat keine Schwierigkeit. Ohne Zweifel fällt die gedachte Klage gänzlich weg [2]). Ob er aber 2) das ihm übergebene Pfandstück herausgeben müsse? ist schon bedenklicher. Nach der gewöhnlichen Lehre, welche in den Fällen einer sogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit die Zurückforderung des Gezahl-

1) Argum. L. 1. D. de Verd. Obl. L. 6. D. de Solut. Claproth iurisprud. heurem. §. 209. num. II. Schmidt de fideiussore plane non obligato. §. 150.

2) Argum. L. 127. D. de Verb. Obl.

Gezahlten ohne Unterschied zuläßt, müßte man behaupten, daß eben dieß auch in Ansehung des Pfandes allerdings Statt finde. Ich glaube aber am Ende des vierten Abschnitts überzeugend dargelegt zu haben, daß der Regel nach bei verbotenen Verträgen und Geschäften das einmal Gegebene nicht wieder zurückgefordert werden könne, und daß die Zulässigkeit des letztern nur als Ausnahme von der Regel da eintrete, wo es die Gesetze wirklich gestattet haben. In allen den Fällen also, wo zwar die natürliche Verbindlichkeit zur Bezahlung ganz wegfällt, wo aber dennoch keine Zurückforderung des Einmal Bezahlten Statt findet, wovon wir bereits oben §. 76. mehrere Beispiele angeführt haben, kann zwar der vermeinte Gläubiger des Pfandes wegen nicht klagen, aber die Zurückforderung der ihm übergebenen Pfandstücke ist aus eben den Gründen, welche wir am erwähnten Orte angeführt haben, durchaus unzulässig. Ist hingegen der angebliche Gläubiger schuldig, wegen mangelnder Verbindlichkeit die Bezahlung wieder herauszugeben, so kann er sich auch der Zurückgabe des erhaltenen Pfandes nicht entgegen legen, weil ihm dieses ja zum Zweck einer Zahlung gegeben worden ist, welche er den Rechten nach nicht behalten darf [3]).

§. 106.

3) L. 1. §. 3. D. de cond. sine causa.

§. 106.

Anwendung dieser Grundsätze auf einzelne Fälle.

Das ist nun der Fall bei solchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielschuld, imgleichen von einem Verschwender im rechtlichen Verstande [1]), von einem Pupillen und Minderjährigen ohne des Vormundes Einwilligung [2]), geschehen sind.

3) Sollte in Fällen dieser Art nicht das ganze Versprechen, wofür die Verpfändung geschehen ist, sondern nur die Ueberschreitung einer gewissen Summe unverbindlich sein, so ist es klar, daß das Pfandrecht für den gültigen Theil der Hauptschuld allerdings zu Recht bestehe, daß es aber in sofern ganz unwirksam sei, als die natürliche Verbindlichkeit selbst wegfällt. Zum Beispiele dient der verbotene Wucher [3]), die Schenkung über 500 Soliden u. d. m. Da es übrigens

4) der Wirkung nach, und in Rücksicht auf das äußere Forum völlig einerlei ist, ob in diesem oder jenem Falle in der That gar keine natürliche Verbindlichkeit vorhanden sei, oder ob der Richter nach form-

1) L. 10. pr. D. de curat. furiosi. L. 6. de verbor. obl. L. 40. D. de reg. iur.

2) L. 1. pr. quae res pign. L. 1. §. ult. de Reb. eor. qui sub tut.

3) L. 29. D. de usuris. L. 27. C. eod. L. 11. §. 3. D. de pignor. act.

förmlichen Rechten die Sache so zu behandeln habe, als wenn dergleichen nicht Statt fände, so sieht ein Jeder, daß die geschehene Verpfändung wegfällt, und ihre ganze Wirkung verliert, wenn der Schuldner durch rechtskräftige Sentenz, sei es auch ein ungerechtes Urtheil, von der Hauptschuld losgesprochen worden ist [4]); und die Gründe, woraus wir oben erwiesen haben, daß einem rechtskräftig absolvirten Schuldner die eigentliche condictio indebiti nicht zu versagen sei, überzeugen uns auch davon, daß er mit Recht die verpfändeten Sachen, wenn sie in den Besitz des Gläubigers gekommen sein sollten, von ihm wieder zurückfordern könne.

5) Da die bekannte Verordnung in L. *un. Cod. etiam ob chirograph. pecun.* ein bisher wirklich vorhandenes Pfand in des Gläubigers Besitze voraussetzt: so folgt von selbst, daß der vermeinte Pfandgläubiger von jener Verordnung, und dem darin auch wegen anderer Forderungen gebilligten Retentionsrechte, in dem Falle gar keinen Gebrauch machen könne, wo die Eigenschaft eines Pfandes wegen Ungültigkeit der Hauptschuld gleich von Anfang nicht Statt gefunden hat.

6) Da es sich endlich in einigen Fällen, z. B. den Bürgschaften der Frauenspersonen, den Verträgen

gen

4) L. 13. D. Quibus mod. pign. vel hyp. solv. Bachov de pignorib. Lib. V. Cap. 1. §. 3. pag. 358.

gen der Minderjährigen u. s. w. zutragen kann, daß Verträge, die an sich nach Vorschrift der Gesetze ganz unverbindlich sind, dennoch unter gewissen Umständen durch eidliche Bestärkung, oder durch Genehmigung in der Folge einen rechtlichen Bestand erlangen können, so muß auch unter diesen Verhältnissen die Verpfändung allerdings zu Recht bestehen.

§. 107.

Ueber das Pfandrecht wegen bloß natürlicher Verbindlichkeiten im strengen Verstande.

Ganz von dem Gegenstande des vorigen §. verschieden sind diejenigen Fälle, wo die Hauptschuld an sich nicht fehlt, obwol dieselbe nur in einer bloß natürlichen Verbindlichkeit bestehet, und die gerichtliche Wirkung derselben hin und wieder eingeschränkt ist. Dahin gehören nun die in der Einleitung zu diesem Abschnitte (§. 103.) angeführten Gesetze, welche im Allgemeinen so viel verordnen, daß die Verpfändung zu ihrer Gültigkeit nicht eben das Dasein einer bürgerlich vollgültigen und klagbaren Hauptverbindlichkeit voraussetze, sondern daß auch wegen einer bloß natürlichen Obligation im strengen Verstande (§. 55. 56.) ein an sich gültiges Pfandrecht Statt finde. Bei diesem allgemeinen Grundsatze lassen es auch die Lehrbücher und Systeme bewenden, obgleich, wie überall, eben so auch hier das Recht

an sich, und die Ausübung desselben wol zu unterscheiden sind, folglich, wenn wir auch in Fällen dieser Art dem Gläubiger ein wirkliches Pfandrecht an sich beilegen, dennoch immer die Frage übrig bleibt: in wie fern er im Wege Rechtens Gebrauch davon machen, und es gerichtlich verfolgen könne? ob z. B. der Gläubiger, dem das Senatusconsultum Macedonianum, oder irgend ein Creditedict, betreffend die Schulden der Studirenden und Soldaten, entgegen steht, wegen des vom Schuldner erhaltenen Pfandrechts die hypothekarische Klage gegen den Verpfänder oder einen Dritten anzustellen berechtiget sei? Vermöge jenes allgemeinen Satzes, sollte man glauben, die Klage müßte gestattet werden, wie denn auch **Hugo Donell** solches wirklich behauptet hat [1]). Zwar ist **Schulting** anderer Meinung [2]), allein keiner von beiden hat sich die Mühe genommen, etwas näher deshalb ins Detail zu gehen,

1) *Hugo* Donellus Comment. iur. ciu. Lib. XII. cap. 2. p. m. II. in den Worten: Pignus aeque pro ciuili et naturali obligatione constitui potest, ut sic *per persecutionem* et retentionem pignoris debitum seruari possit, quod per se peti non potuit.

2) *Ant.* Schulting de naturali obligatione cap. 14. in den Worten: multo minus naturale vinculum sustulit Senatus, cui tamen vinculo naturam indulsit nonnihil anomalam, fideiussorem enim illi accedere permisit quidem et pignus, exceptio tamen fideiussorem conuenienti, vel pignus vindicanti obstabit.

gehen, und von der allgemeinen Behauptung in einzelnen hieher gehörenden Materien eine nähere Anwendung zu machen. Vor allen Dingen ist zu bemerken, daß eigentlich hier nur von den Fällen die Rede sein kann, da das Pfand, wo nicht zugleich neben der Hauptschuld, doch wenigstens unter den nämlichen Verhältnissen der Personen und Sachen, welche die völlige Wirksamkeit der Hauptschuld hindern, errichtet worden ist. Denn wäre die Verpfändung in der Folge allererst unter solchen Umständen geschehen, da eine Genehmigung oder wiederholte Zusage von Seiten des Schuldners so gar die Hauptverbindlichkeit klagbar machen würde, so könnte freilich dem Gläubiger die Klage wegen des Pfandes nicht füglich versagt werden [3]). Diese Fälle aber bei Seite gesetzt, macht es schon der Begriff des Pfandes sehr bedenklich, deshalb eine Klage zu gestatten, wenn die Hauptschuld nicht klagbar ist. Denn der ganze Zweck desselben geht ja dahin, daß die Hauptschuld am Ende daraus bezahlt werden soll. Wenn nun die Gesetze in gewissen Fällen auf die Bezahlung der Hauptschuld keine Klage gestattet wissen wollen, so kann auch der Gläubiger in solchen Fällen die Pfandstücke nicht füglich mittelst einer Klage verfolgen, weil sie ihm zum Zweck einer Bezahlung angewiesen sind, derentwegen er den

3) L. 9. D. *ad S. C. Macedon.*

Rechten nach keine Klage haben soll; vielmehr muß er sich bei den Rechtsmitteln, welche ihm die Gesetze überhaupt wegen der Hauptschuld nachgelassen haben, z. B. dem Retentionsrechte u. s. w. begnügen. Um indeß der Sache noch näher zu treten, lassen sich hier nur zwei Fälle denken. Entweder der Gläubiger klagt des Pfandes wegen wider den Schuldner selbst, oder wider einen dritten Besitzer. Das letztere geht offenbar darum nicht an, weil der Beklagte verlangen darf, daß ihm bei Räumung der Pfandstücke die Principalklage gegen den Schuldner abgetreten werde [4]), und dazu ist ja der Gläubiger nicht vermögend, da ihm die Gesetze selbst diese Klage versagen. Aber auch im Ersten Falle ist unstreitig das nämliche zu behaupten, weil einestheils, wie schon erwähnt ist, die Natur der Sache und Analogie des Rechts dem Gläubiger entgegen steht, indem seine Pfandklage in der That auf dasjenige abzielt, was die Gesetze ihm nicht zugestehen wollen, welche verordnen: ne tali creditori actio *petitioque* daretur. L. 1. D. ad S. C. maced.; und anderntheils, wenn wir besonders

auf

4) L. 19. D. *Qui pot. in pign.* Quaero an si ei creditori iustus possessor offerat, compellendus sit, ius nominis cedere? Respondi posse videri, non iniustum postulare. Westphal vom Pfandrechte. §. 281. *Ant.* Faber in Cod. Lib. 8. Tit. 31. Def. 7. und 17.

auf die Geldanleihen des filii familias, oder die Schulden der Studirenden und Soldaten gegen die Creditedicte Rücksicht nehmen, würde es grade der bequemste Weg sein, die ganze Verordnung zu eludiren, wenn der Gläubiger nur dafür sorgen dürfte, daß der Verschreibung die gewöhnliche Clausul: bei Verpfändung meiner Haab und Güter, beigefügt werde, um desto sicherer künftig eine Klage anstellen zu können, die ihm doch die Gesetze ganz absprechen. Man sage nicht, daß dieß zu viel beweise, und solchergestalt auch das Zurückbehaltungsrecht in Ansehung des Pfandes wegfallen müßte. Denn dieß haben die Gesetze dem Gläubiger wirklich nachgelassen, und die Fälle, wo davon ein Gebrauch zu machen ist, sind schon mit mehrerer Schwierigkeit verknüpft, weil sich nicht so leicht vom Schuldner ein handhabend Pfand, als die schriftliche Versicherung einer Hypothek überkommen läßt. Endlich aber können wir auch drittens unsere Behauptung mit mehrern gesetzlichen Stellen belegen, welche derselben deutlich genug das Wort reden. So z. B. wird in L. 9. pr. D. *ad S. C. maced.* dazu, daß bei geschehener Verpfändung die exceptio Senatusconsulti wegfallen, folglich eine Klage Statt finden soll, ausdrücklich vorausgesetzt: Si *pater familias factus* rem pignori dederit. Wozu diese Voraussetzung, wenn das Pfand **an sich schon** den Effect der Klage mit sich

führte? — In L. 11. C. *de usuris* heißt es sehr merklich: Pignoribus quidem interuenientibus usurae quae sine stipulatione peti non poterant, pacto *retineri* possunt. Hier wird also, der Verpfändung ungeachtet, dennoch dem Gläubiger wegen der an sich nicht klagbaren Zinsen nur eine Einrede oder Zurückbehaltung zugestanden. Damit stimmt auch L. 101. D. *de Solut.* überein, und in L. 2. D. *Que res pignori* verglichen mit L. 9. §. 3. D. *de S. C. maced.* wird wider denjenigen, der seine Sachen für das Darlehn eines filii familias verpfändet hat, die Klage aus dem Pfandrechte ausdrücklich nur in sofern gestattet, als die Bezahlung der Hauptschuld gegen ihn klagbar ist. Solchemnach glaube ich nunmehr folgende Regel vestsetzen zu können: **Die Verpfändung für bloß natürliche in Ansehung der gerichtlichen Wirkung eingeschränkte Verbindlichkeiten ist zwar an sich gültig: es finden aber deshalb nur diejenigen Rechtsmittel Statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehen.**

§. 108.

Fortsetzung.

Ueber den Gebrauch der L. un. C. *et. ob chirograph. pecun.*

Hat also der Gläubiger wegen seiner Forderung zwar

zwar nicht das Recht zu klagen, wol aber sich durch Einreden, und besonders durch das Retentionsrecht zu schützen, so kommt ihm auch das letztere in Ansehung des Pfandes unstreitig zu Statten. Durch die bekannte Verordnung in L. un C. *et ob chirogr. pecun.* ist aber dieses Recht dahin erweitert worden, daß der Gläubiger die einmal erhaltenen Pfandstücke auch wegen anderer Forderungen retiniren dürfe [1]), wenn gleich die eigentliche Pfandschuld schon abgetragen worden ist. Das Gesetz beschränkt diese Befugniß des Gläubigers nicht auf klagbare Forderung, sondern es heißt ganz allgemein: nisi ea quoque pecunia a debitore reddatur, vel offeratur, *quae sine pignore debetur etc.* Dieß paßt allerdings auch auf solche Forderungen, derentwegen nur eine natürliche Verbindlichkeit im strengen Verstande eintritt. Gesetzt also, der Gläubiger hat neben der eigentlichen Pfandschuld noch andere Forderungen, es steht ihm aber in Ansehung derselben das Macedonianische Senatusconsultum oder auch die Einrede der Verjährung entgegen, so ist er nichts destoweniger berechtigt, die verpfändeten Sachen so lange zu retiniren, bis auch diese Schulden berichtiget worden sind, indem in beiden Fällen immer noch eine wirkliche Schuld vorhanden ist, und die dagegen gestatteten Einreden bloß

1) Erxleben de pignoribus. §. 200. sequ.

die Klage des Gläubigers, nicht aber die übrigen Rechtsmittel ausschließen.

§. 109.

Ueber die Wirkung des Pfandes nach eingetretener Präclusion.

Wir haben bereits oben §. 94. die Wirkung der Präclusion beim Concurse der Gläubiger dahin angegeben, daß sie eigentlich nur von den dermaligen Concursgütern ausschließe, mithin auch denjenigen nur treffen könne, welcher aus den zur Concursmasse gezogenen Gütern eine Befriedigung suchen will. Hieraus, und in Betracht der §. 94. bereits bemerkten Gründe, ist nun in Ansehung des Pfandrechts schon leicht zu erachten; daß dem Besitzer eines handhabenden Pfandes die Präclusion gar nicht nachtheilig werden könne [1]); imgleichen daß auch ein präcludirter hypo-

1) Der besitzende Pfandgläubiger ist freilich nach gemeinen Rechten schuldig, das Pfand zur Masse zu liefern. **Dabelow** vom Concurs der Gläubiger §. 142. welcher überhaupt die Lehre vom Retentionsrecht beim Concurse überaus gründlich dargestellt hat. Allein seine Forderung bringt der gedachte Gläubiger immer noch zur rechten Zeit in Anrege, wenn jenes von ihm verlangt wird. Leyser Spec. 486. med. 2. in den Worten: Nam edictalis citatio, quae in principio concursus decerni solet, eos solos obligat, qui ipsi agere et ius suum persequi volunt, non eos, contra quos nomine concursus actio instituenda est. Hi libellum et peculiarem citationem securi expectant,

hypothekarischer Gläubiger sein Recht in der Folge immer noch gegen den Schuldner selbst klagend verfolgen könne. Ob und in wie fern ihm aber eben dieses auch gegen einen dritten Besitzer der Hypothek zu gestatten sei? ist eine Frage, bei welcher wir noch etwas verweilen müssen. Angesehene Rechtslehrer haben behauptet, daß ein hypothekarischer Gläubiger, dessen Unterpfand in der Concursmasse nicht mehr existirt, nicht schuldig sei, sich bei dem Concurse zu melden, sondern daß er vielmehr den dritten Besitzer sofort belangen könne, ohne die Einrede der Excussion befürchten zu dürfen. Wenn aber der dritte Besitzer das Pfand abgetreten, oder doch die Schuld bezahlt hätte, so gestattet man diesem, daß er sich im Concurse mit seiner Entschädigungsforderung melden

pectant, neque *exceptiones*, quas habent, taciturnitate amittunt. Ex horum numero sunt creditores *possidentes*. Hi, quamdiu pignus tenent, *actionem hypothecariam* non habent, sed si ipsi deinde rei vindicatione conueniuntur, tunc exceptionem pignoris opponunt, quam ante institutam contra ipsos actionem obiicere nulla ratione potuissent. L. 15. §. 5. D. *de re iud.* Mevius P. VII. Dec. 250. Die Lehre von der Präclusion, Seite 62. Das Gegentheil vertheidigt Dabelow in der Lehre vom Concurs der Gläubiger §. 167. Anders verhält sich freilich die Sache, wenn die Pfandbesitzer in der Edictalcitation nahmentlich mit aufgefordert werden, ihre Ansprüche anzugeben.

könne [2]). Der Verfasser der Lehre von der Präclusion hält dafür, daß man unterscheiden müsse: ob in foro concursus die Landesgesetze, wenigstens der Gerichtsgebrauch, dem dritten Besitzer einer besondern Hypothek die exceptio excussionis gestatten oder nicht. Im ersten Fall verwirft er die Klage des präcludirten Gläubigers wider den dritten Innhaber des Pfandes, im zweiten läßt er sie zu [3]). So viel ist nun unstreitig, daß eigentlich hier nur von der hypothekarischen Verfolgung solcher Sachen die Rede sein könne, welche keinen Theil der Concursgüter ausgemacht haben, noch durch Veräußerung der letztern auf den dritten Besitzer gekommen sind, indem es sich sonst von selbst schon versteht, daß nach erfolgtem rechtmäßigen Verkauf der zur Masse gehörenden Sachen, alle bisher darauf gehaftete Hypotheken gänzlich aufhören [4]). Uebrigens aber scheint es mir sehr bedenklich, die ganze Entscheidung der obigen Frage, von der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Einwandes der Excussion abhängig zu machen, da ohnehin über diesen Punct noch manche Streitigkeiten obwalten. Nach meiner Ueberzeugung kann der präcludirte Gläubiger wider den dritten

2) Ludovici Concursproc. Kap. 1. §. 7. Schaumburg princ. prax. iud. Lib. 2. C. 8. §. 4. not. 6.
3) Die Lehre von der Präclusion. Seite 71. folg.
4) *Aug.* Leyser de subhastatione hypothecas exstinguente, in med. ad Pand. Spec. 236.

ten Besitzer die hypothekarische Klage nicht füglich mehr anstellen, und dieser Behauptung dürfte es in jedem Falle nicht an Gründen fehlen, man mag übrigens jene Einrede zulässig halten oder nicht. Giebt man zu, daß auch der dritte Besitzer einer speciellen Hypothek von dem Einwande der Excussion nicht auszuschließen sei: so bringt es freilich die Natur dieser Einrede ganz ohne Zweifel mit sich, daß derjenige, dem sie entgegen steht, es nicht selbst durch seine eigene Schuld veranlassen dürfe, daß ihm der ordentliche Weg, aus des Schuldners Gütern befriedigt zu werden, gänzlich versperret werde. Wenn man aber auch unter Zustimmung bewährter Rechtsgelehrten [5]) die gedachte Einrede an sich schon bei entstandenem Concurse verwerflich halten, ja wenn man auch denen beipflichten wollte, welche solche dem Besitzer einer speciellen Hypothek völlig absprechen, so bleibt doch immer noch der wichtige Umstand zu betrachten übrig, daß der belangte dritte Besitzer mit Recht die Abtretung der Hauptschuld und der daraus entspringenden Klagen verlangen könne [6]). Hierauf hat man bei Erörterung jetziger

5) Carpzov Lib. 2. Respons. 72. Rivinus de except. Cap. 38. n. 8. Mevius P. 9. Dec. 187. Brunnemann Proc. Concurs. Cap. 1. §. 9. Leyser Spec. 233. med. 2.

6) L. 19. D. qui pot. in pign. Westphal vom Pfand-

Frage gar keine Rücksicht genommen. Wie kann aber ein präcludirter Gläubiger solche Cession seiner Forderung den Rechten gemäß bewirken, wenn er selbst zugeben muß, daß seine eigene Schuld und Nachlässigkeit die Ursache sei, derentwegen die Rechtsverfolgung des persönlichen Anspruchs in foro concursus gänzlich wegfällt. Man siehet also, daß es eine wirkliche Ungerechtigkeit sein würde, dem dritten Besitzer die Räumung der Pfandstücke oder baare Befriedigung des Gläubigers anzusinnen, und ihm dagegen nur zu gestatten, sich mit seiner Entschädigungsklage beim Concurse melden zu dürfen. Denn mit diesem bloß persönlichen Anspruche wird er allemal einen höchstnachtheiligen Platz unter den übrigen Creditoren einnehmen, da er doch sonst, wenn der Pfandgläubiger es nicht selbst vernachlässigt hätte, in dessen Stelle getreten, und des Vorzugs seiner Forderung theilhaftig geworden sein würde. Könnte nun inzwischen der präcludirte hypothekarische Gläubiger, vermöge des Prioritäts- und Distributionserkenntnisses deutlich beweisen, daß seine Forderung auf alle Fälle im Concurs leer ausgegangen, mithin die gerichtliche Angabe so wie auch die Abtretung derselben an den dritten Besitzer ganz vergeblich gewesen sein würde, so wäre freilich alsdann die

Pfandrechte, §. 281. *Ant.* Faber in Cod. Lib. 8. Tit. 31. Def. 7. und 17.

die Verfolgung der Hypothek wider den dritten Besitzer für unzulässig nicht zu achten [7]). Bis dahin aber, daß er solchen Beweiß beibringt, ist er mit der hypothekarischen Klage nicht zu hören [8]).

§. 110.

Imgleichen, wenn der persönlichen Schuldklage die Einrede der Verjährung entgegen steht.

Gewissermaßen enthält von den bisher vorgetragenen Grundsätzen die bekannte Verordnung des K. **Justinian** in L. 7. §. 1. C. *de praescr. XXX. vel XL. ann.* eine Ausnahme und Einschränkung, indem vermöge derselben die hypothekarische Klage wider den Schuldner selbst 40 Jahre hindurch fortdauret, obgleich die Hauptverbindlichkeit nach Ablauf von 30 Jahren nicht mehr klagbar ist. Der Kaiser hat es hier den Auslegern gar nicht recht gemacht; sie finden es sonderbar und beinahe widersprechend, nach verjährter, oder, welches noch ärger ist, nach aufgehobener Hauptverbindlichkeit, die Verfolgung eines accessorischen Rechts zu gestatten. Doctores

7) Argum. L. 14. §. 1. D. Depos. L. 45. de obl. et action.

8) Erxleben de pignoribus, §. 319. Dagegen hat Dabelow l. c. §. 172. die Zulässigkeit der Klage gegen den dritten Besitzer auch ohne diesen Unterschied angenommen.

res hic varie desudant, schreibt **Georg Franzke** [1]), et mirum sane videri possit, quod quum iure notissimo omnis actio personalis, etiam quae olim perpetua fuit, triginta annis tollatur, et ita *obligatio principalis sublata sit*, (das ist denn nun freilich nicht wahr) quomodo hypothecaria, tamquam accessoria subsistere, et per decennium ulterius durare possit. **Reinhard Bachov** geht noch etwas freier mit der Sprache heraus, wenn er die Unwissenheit des **Tribonian** als die einzige Veranlassung dieser Vorschrift ansiehet. Fatendum enim est propter eam constitutionem, aut durare posse obligationem pignoris, sublata omni obligatione principali etiam naturali, aut nec per tanti temporis XXX. annorum cursum tolli aut infirmari vinculum aequitatis. Utrumque absurdum est, welches also beweisen soll, was er kurz vorher angemerkt hatte, Tribonianum, cuius est dicta L. 7. C. *de praescr. XXX. vel XL. ann.* veteris iuris ignorantia deceptum fuisse et male id applicasse [2]). Indessen sind doch diese und die mehrsten Ausleger mit ihnen so bescheiden, ihre Vernunft unter dem Gehorsam des Gesetzes gefangen zu nehmen, mithin zuzugeben, daß der Pfandgläubiger vermöge gedach-

1) *Georg* Franzkii Comment. in Pand. Lib. 20. Tit. 6. n. 170.

2) *R.* Bachov tr. de pignoribus, Lib. 5. Cap. 3. §. 4.

gedachter Verordnung wirklich befugt sei, auch nach verjährter Hauptklage die Hypothek noch gegen den Schuldner zu verfolgen [3]), wenn sie gleich darin einen Beitrag zu dem bekannten: Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest, antreffen wollen. Andere aber haben sich durch den vermeinten Widerspruch, welchen sie hier mit aller Rechtsanalogie zu finden glauben, sogar verleiten lassen, der klaren gesetzlichen Vorschrift den Sinn anzudichten, daß solche bloß von dem Falle zu verstehen sei, wo die eigentliche Schuldklage nach Ablauf von 30 Jahren noch fortdaurend wäre, und in Ansehung derselben noch keine Verjährung eingetreten sei. z. B. Wenn der Schuldner von Zeit zu Zeit Zinsen bezahlt, oder der Gläubiger ihn gemahnt hätte. Unter diesen Umständen soll nach ihrer Meinung doch die hypothekarische Klage nach 40 Jahren verjähret sein, und *durante licet actione in personam* nicht weiter Statt finden [4]).

§. 111.

3) Wissenbach Exercit. ad. Pand. 39. thes. 35. Peretz Praelect. in Cod. Lib. 7. Tit. 38. n. 4. Erxleben de pignorib. §. 320. n. a. Westphal vom Pfandrechte, §. 247.

4) So lehrt *Lud. Conr.* Schröder in Programm. Quo examinatur an actio hypothecaria adhuc creditori aduersus debitorem pignus possidentem sit salua, postquam obligatio personalis per praescriptionem fuit extincta, Marp. 1750. Daß zum wenigsten

§. III.

Fortsetzung.

Wirklich haben sich die Ausleger die Sache schwieriger gemacht, als sie es an sich ist. Die mehrgedachte Verordnung weicht zwar in so fern von der Regel ab, als sie dem Gläubiger die Pfandklage noch gestattet, da doch die Hauptschuld nicht mehr klagbar ist. Dieses enthält aber bei weitem nicht den offenbaren Widerspruch, nicht die Absurdität, welche **Bachov** und andere hier antreffen wollen. Genug, wenn nur eine Hauptverbindlichkeit an sich vorhanden ist, so liegt in einer Verordnung, welche des Pfandes halber eine Klage wider den Schuldner gestattet, nichts ungereimtes. Wer wird es aber den erwähnten Rechtslehrern gut heissen, wenn sie sich nach Verjährung der persönlichen Klage, die ganze Verbindlichkeit des Schuldners an sich als aufgehoben denken, und in dieser irrigen Voraussetzung die Zulässigkeit der hypothekarischen Klage ganz

nigsten die hypothecarische Klage nach erfolgter Ver-
* jährung des persönlichen Anspruchs gleichfalls nicht Statt finde, folglich die Verordnung in L. 7. C. *de praescr.* XXX. *vel* XL. *ann.*, eigentlich den Fall beziele, da die persönliche Klage in 30 Jahren noch nicht verjähret worden sey, behaupten auch *Hugo* Donellus Comment. iur. ciuil. Lib. 16. cap. 26. p. m. 763. derselbe ad L. 2. C. *de luit. pignor.* imgleichen *Godofr. Ludov.* Mencke introd. in doctrin. de actionib. Sect. 1. cap. 2. membr. 9. §. 17.

ganz unerklärlich finden. Das heißt, mit einem gewissen Schriftsteller zu reden, erst Jemandem die Krätze geben, um ihn hernach reiben zu können. Es ist wol nichts gewisser, als daß durch Verjährung der persönlichen Klage selbst die Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufhöre, sondern die natürliche Verbindlichkeit bleibt fortdaurend, und dafür besteht ja das Pfandrecht unstreitig. Daß nun das letztere gegen den Schuldner 10 Jahr länger, als jene, klagbar sein soll, davon weiß **Bachov** freilich keinen andern Grund anzugeben, als: supinam ignorantiam Triboniani, welche aus folgenden Worten, womit die Constitution anhebt, klar hervorleuchten soll: Quum notissimi iuris sit, actionem hypothecariam — in ipsos debitores aut heredes eorum nullis exspirare lustrorum cursibus etc. „Das konnte," sagt **Bachov**, „zu **Justi**„nians Zeiten kein vernünftiger Mensch mehr glau„ben, indem ja schon lange vorher die Kaiserlichen „Constitutionen, welche in L. L. 3. und 4. C. „*de praescr. XXX. vel XL. ann.* enthalten sind, „überhaupt den dinglichen Klagen eine Dauer von „30 Jahren vorgeschrieben hatten." — Und solche Verordnungen sollte die Gesetzcommission kurz vorher in ihre Sammlung eingetragen, und dennoch gleich darauf einen Satz als notissimi iuris angenommen haben, welchen man sofort beim ersten Anblicke

blicke als den unerhörtesten Irrthum anzusehen hätte? Das ist denn doch in der That unglaublich, und gerade diese Evidenz der Sache ist Bürge dafür, daß man wirklich von jenen allgemeinen Verordnungen die hypothekarische Klage wider den Schuldner müsse ausgenommen haben —. Je mehr ein Gläubiger sich wegen seiner Forderung in Sicherheit glaubt, desto weniger verdient er den Vorwurf der Nachlässigkeit, wenn er mit der wirklichen Rechtsverfolgung Anstand nimmt, mithin dürfte selbst die Billigkeit erfordern, daß dem hypothekarischen Gläubiger nach abgelaufener Verjährung des persönlichen Anspruchs, noch einige Zeit zur Verfolgung seiner Hypothek gestattet werde [1]). Warum aber dieses nicht auch gegen den dritten Besitzer Statt finde, ist daraus abzunehmen, weil dieser die Abtretung der persönlichen Klage wider den Schuldner zu begehren berechtiget ist. Da nun letztere mit Ablauf des 30sten Jahres wegfällt, so hat der Kaiser es mit Recht gegen den dritten Besitzer bei diesem Zeitraum bewenden lassen —. Die besondere Meinung einiger Rechtsgelehrten, deren ich am Ende des vorigen §. erwähnt habe, widerlegt sich von selbst, wenn man das Gesetz dagegen hält. Man findet nicht die mindeste Spur von dem, was sie dem Gesetzgeber andichten, daß nämlich die vierzigjährige Dauer

1) Siehe auch Franzkii Comment. ad Pand. XX. VI. 170. Westphal vom Pfandrechte p. 364.

Dauer der hypothekarischen Klage allemal die noch nicht vollendete Verjährung der persönlichen Klage voraussetze. Der Kaiser bestimmt einestheils, ohne dieser Voraussetzung mit einem Worte zu gedenken, daß die hypothekarische Klage gegen den Schuldner und dessen Erben 40 Jahre dauren soll, und anderntheils giebt er selbst deutlich genug zu erkennen, daß dieses von der Dauer des persönlichen Anspruchs gar nicht abhängen, vielmehr der letztere nach wie vor seine besondere Verjährungszeit behalten soll: in actione scilicet personali his custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit iustitia —. Gründe genug, um weder mit **Donell** und **Mencke** anzunehmen, daß nach verjährter persönlichen Klage, auch die Verfolgung des Pfandes gänzlich wegfalle, noch mit **Lud. Conr. Schröder** zu behaupten, daß selbst bei fortdaurendem persönlichen Anspruche, der Ablauf von 40 Jahren die hypothekarische Klage ausschließe —. Beiläufig ist gegen die Behauptung **Westphals**, „daß wegen der Zinsen des Capitals auf jedes Jahr die Forderung, mithin auch die Hypothek „so lange daure, bis seit jedes Jahres fällig gewordenem Zins die rechtsverjährte Zeit verstrichen „sei [2]),“ noch einiges zu erinnern. L. 7. §. 6. C. *de praescr.* XXX. vel XL. ann., worauf sich diese Meinung zu gründen scheint, ist unstreitig nur von

2) **Westphal** im angef. B. Seite 365.

den Fällen zu verstehen, wo die Hauptverbindlichkeit selbst in gewissen jährlichen Prästationen besteht; hingegen, was die Zinsen eines Capitals betrifft, haben wir eine besondere Verordnung in L. 26. C. *de usuris*, welche so lautet: Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum siue personali, siue hypothecaria ceciderunt, iubemus non posse super *usuris* vel fructibus praeteriti temporis aliquam mouere quaestionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolui, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos annos reseruntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci; *principali enim actione non subsistente, satis superuacuum est, super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere, etc.*

Neunter Abschnitt.

Ueber die Bürgschaft in Ansehung einer bloß natürlichen Hauptverbindlichkeit.

---

§. 112.

Einleitung.

Wie das Pfand, als ein accessorisches Recht, immer das Dasein einer Schuld, die es bedecken soll, voraussetzt, so muß auch, wenn überhaupt eine Verbindlichkeit aus der Bürgschaft Statt finden soll, allemal

mal eine Hauptschuld vorhanden sein; ohne diese ist keine Bürgschaft denkbar. Wir wissen aber, daß die Schuld an sich gar wohl bestehen kann, wenn sie gleich in Gerichten nicht völlig wirksam ist, weshalb denn auch der letztere Umstand allein noch keine Ungültigkeit der Bürgschaft nach sich ziehen kann. Im Gegentheil haben wir mehr als eine gesetzliche Vorschrift, wonach, überhaupt genommen, der Bürge auch in dem Falle gehalten sein soll, wenn die Hauptschuld in einer bloß natürlichen, obgleich nicht bürgerlich vollgültigen oder klagbaren Verbindlichkeit bestehet: adhiberi autem fideiussor tam futurae, quam praecedenti obligationi potest, *dummodo sit aliqua* vel *naturalis* futura obligatio, L. 6. §. 2. D. *de fideiussor.* In omnibus autem obligationibus adsumi possunt fideiussores, et nec illud quidem interest, utrum ciuilis *an naturalis* obligatio sit, cui adiicitur fideiussor. §. 1. I. eod. So viel ist nun freilich aus diesen Gesetzen klar genug, daß in solchen Fällen eine Verbindlichkeit des Bürgen an sich nicht zu bestreiten sei. Es bleibt aber dabei immer noch die wichtige Frage übrig: ob und in wiefern diese Verbindlichkeit gegen den Bürgen im Wege Rechtens geltend gemacht werden könne? Im allgemeinen haben die Gesetze dieses nicht ausdrücklich regulirt, man kann aber aus den Bestimmungen, welche bei einzelnen

Fällen in dieser Hinsicht vorkommen, schon manches ableiten, und das übrige muß die Natur der Sache, und die Analogie nach Anleitung der Rechtswolthaten des Bürgen ergänzen. Es giebt Fälle, wo der Gläubiger gegen den Bürgen eben so wenig, als gegen den Hauptschuldner etwas ausrichten kann; wiederum aber auch andere Fälle, wo er den Bürgen in Anspruch nehmen darf, ohne sein Recht gegen den Hauptschuldner geltend machen zu können. Beides soll nunmehr besonders abgehandelt, und danächst auch die Frage untersucht werden, ob und in wie fern der Bürge, wenn er den Gläubiger hat befriedigen müssen, seinen Regreß gegen den Hauptschuldner zu nehmen befugt sei?

§. 113.

Von den Fällen, wo die Hauptschuld verbietenden Civilgesetzen zuwider ist.

Wird zur Gültigkeit einer Bürgschaft allemal erfordert, daß an sich eine Hauptverbindlichkeit vorhanden sein muß, so sieht man wol, daß der Bürge dem Gläubiger zu nichts gehalten sei, wenn die angegebene Hauptschuld die Erfüllung eines Handels zum Vorwurf hat, welchen die Gesetze verboten haben; oder in der Kunstsprache zu reden, wenn obligatio principalis zu den naturalibus reprobatis gehört. Denn in solchen Fällen ist, wie wir wissen,

eigentlich

eigentlich gar keine, auch nicht eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden, wenigstens kann die Sache gerichtlich nicht anders behandelt werden, und daher heißt es in L. 46. D. *de Fideiussoribus:* Quum lex venditionibus occurrere voluerit, fideiussor quoque liberatur. Daß nun diese allgemeine gesetzliche Vorschrift in einigen Fällen und unter gewissen Umständen nicht füglich zur Anwendung kommen kann, ist aus besondern Verhältnissen des bürgerlichen Verboths zu erklären, worauf die Ausleger bei Erörterung der einzelnen Fälle nicht immer die gehörige Rücksicht genommen, und eben darum sich in manche Schwierigkeiten ohne Noth verwickelt haben. Es wird aber kaum nöthig sein, mich in das Detail der Streitigkeiten über die Verbindlichkeit des Bürgen, welcher für einen Unmündigen, oder Minderjährigen, oder gerichtlich erklärten Verschwender u. s. w. gut gesagt hat, weiter einzulassen, da ich überzeugt bin, daß man die ganze Sache durch allgemeine Grundsätze völlig berichtigen, und mittelst Anwendung derselben auf jeden einzelnen Fall gar leicht aller Schwierigkeit entgehen kann. Alle sind überhaupt in der Regel einig, daß in Fällen, wo die Hauptschuld vermöge positiver Gesetze ganz ungültig ist, auch die Bürgschaft an sich keine verbindende Kraft behaupten, folglich dem Bürgen eben die Behelfe und Einreden nicht versagt werden können,

welche dem Hauptschuldner in solchen Fällen zustehen [1]). Nun aber giebt es bekanntlich unter den natürlich erlaubten jedoch bürgerlich untersagten oder durchaus für nichtig erklärten Rechtsgeschäften verschiedene, wo das Civilgesetz gewisse Personen zu ihrem eigenen Beßten, von Eingehung der Rechtsgeschäfte entweder gänzlich oder zum Theil, in Rücksicht besonderer Bestimmungen, ausgeschlossen hat, wie davon oben, §. 66. die einzelnen Fälle der Reihe nach angeführt sind. In allen diesen Fällen ist freilich keine eigentliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners anzunehmen, und folglich auch der Bürge aus der alleinigen Intercession zu nichts gehalten, weil es widersprechend sein würde, ihm die Erfüllung einer Verbindlichkeit aufbürden zu wollen, welche nicht vorhanden, wenigstens nach Vorschrift der Gesetze vom Richter nicht anzuerkennen ist. Kommt aber nun der besondere Umstand hinzu, daß dem Bürgen die wahre Beschaffenheit

1) Wegen klarer Vorschrift in cit. L. 46. D. *de fideiussorib.* Argum. L. 5. C. *de Legib.* L. 7. §. 16. D. *de pactis.* L. 178. D. *de Reg. iur.* Voet Comment. ad Pand. Lib. 46. Tit. 1. §. 9. und 11. Brunnemann ad L. 46. D. *de fideiuss.* Sande Lib. 3. Tit. 1. definit. 1. Hering de fideiussorib. Cap. 10. n. 18. sequ. Schmidt de fideiussore plane non obligato, Sect. 2. cap. 2. §. 148. Beiträge zur juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten. Siebente Sammlung. Seite 79.

schaffenheit der vorgegebenen Hauptschuld nicht verborgen gewesen, vielmehr die ganze Intercession grade zu dem Ende geschlossen worden ist, um den Gläubiger wegen Ungültigkeit des Hauptgeschäfts zu sichern, so wird man es sehr billig halten, daß sodann der Bürge haften müsse, weil der Schuldner, zu dessen Besten die Anordnung der Gesetze nur abzielt, doch immer gedeckt bleibt, folglich der Absicht des Gesetzgebers in keinem Betrachte zuwider gehandelt wird. Denn der Gläubiger bekommt durch die Bürgschaft nicht mehr Recht gegen den Schuldner, als er vorher gehabt hat, es wäre denn, daß die Bestellung eines Bürgen in gewissen Verhältnissen eine gültige Genehmigung der Hauptschuld mit sich brächte, wovon aber §. 127. eigentlich die Rede ist. Und da der Bürge wußte, daß der Hauptschuldner zu nichts gehalten sei, so fällt auch sein Regreß gegen den letztern weg. Genau betrachtet wäre nun freilich bei so bewandten Umständen nicht sowol eine Bürgschaft im eigentlichen Verstande zu behaupten, als es sich vielmehr einer Schenkung nähert, wenn wir Jemandem zu bezahlen versprechen, was er den Rechten nach gar nicht zu fordern hat; indessen wird man es nunmehr nicht widersprechend finden, wenn es an Einer Stelle in unsern Gesetzen heißt: Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligatio, prodigoue vel furioso fideiusserit, ma-

gis esse, *ut ei non subueniatur* [2]); und an einer andern: Cui bonis interdictum est, non potest promittendo obligari, et ideo *nec fideiussor pro eo interuenire poterit* [3]). Denn dieß letztere, und jede andere Verordnung, wonach die Ungültigkeit der Hauptschuld in Fällen dieser Art, auch den Bürgen zu Statten kommen soll [4]), bestimmet nur, was der Regel nach Statt findet, wenn nichts weiter, als die Intercession an sich, in Betrachtung kommt. Dagegen Ersteres unstreitig die Einschränkung bezielt, welche die Gesetze hier ausdrücklich annehmen, daß derjenige allerdings gehalten sein soll, welcher donandi animo die Bürgschaft übernommen hat [5]), das

2) L. 25. D. *de fideiussor.* womit auch L. 127. D. *de Verb. oblig.* zu vergleichen ist. *Hugo Donell. comment.* ad. tit. de Verb. oblig. p. m. 371. POTHIER Pand. Justin. Tit. de usuris etc. n. 60.

3) L. 6. D. *de Verbor. obligat.*

4) L. 16. D. *de fideiussorib.* Fideiussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. L. 32. D. eod. L. 19. D. *de exceptionibus* omnes exceptiones quae reo competunt, fideiussori quoque competunt. L. 51. pr. *de procurator.* L. 2. §. 1. *de administrat. et periculo tutor.*

5) Argum. L. 9. §. 3. D. de S. C. Maced. verb. *nisi forte donandi animo intercesserunt.* L. 13. pr. D. de minoribus. Si quum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiussoris pro eo, non est aequum *fideiussori in necem meam* subueniri. L. 9. C. de Praed. et al. reb. minor. Etsi is, quem praedium rusticum minoris distraxisse affirmas, curatoris

das ist, dem Gläubiger eben dafür zu haften angelobt hat, daß wider ihn von der bürgerlichen Ungültigkeit des Hauptgeschäfts kein Gebrauch gemacht werden solle, oder nach den Ausdrücken des **Papinian** in L. 95. §. 3. D. *de solut.*: Si contemplatione iu.is praetorii, quod minori auxilio esse potuit, fideiussit, welches freilich in dem Falle vermuthet wird, wenn der Bürge die wahre Beschaffenheit der Hauptschuld oder die persönliche Eigenschaft des Schuldners kennet, und nichts desto weniger die Intercession übernimmt [6]). Hievon ist nun

ratoris officio functus id fecit, venditio tamen contra Diui Seueri orationem facta, praesidis sententia non immerito rescissa est. Nun heißt es aber wegen geschehener Intercession sehr merklich: *Pignora sane, quae ob euictionis periculum idem curator ex rebus propriis tibi obligauit, non prohiberis persequi.*

6) *Anton* Faber Coniectur. iur. ciu. Lib. 8. Cap. 3. auch in Cod. Lib. 1. Tit. 13. Def. 1. behauptet, daß man im Zweifel nie vermuthen könne, daß der Bürge eigentlich in **Rücksicht auf das minderjährige Alter** des Schuldners gut gesagt. Nach der Meinung des Donell Comment. iur. ciu. Lib. 21. Cap. 14. und Vinnii Select. Quaest. Lib. 1. cap. 2. soll dieß immer vermuthet werden. Daß aber weder das eine noch das andere durchgängig anzunehmen, vielmehr, wenn der Ausdruck des Vertrags hierüber nichts bestimmet, zu unterscheiden sei, ob das minderjährige Alter des Schuldners den Parteien bekannt gewesen oder nicht, und daß im ersten Fall die Vermuthung gegen den Bürgen eintrete, im zweiten aber nicht,

auf einzelne Fälle sehr leicht die weitere Anwendung zu machen, z. B. ob und in wie fern der Bürge gehalten sei, wenn die Hauptverbindlichkeit wegen des Vellejanischen Rathschlusses [7]), oder der Minderjährigkeit des Schuldners [8]) nicht bestehet, imgleichen

alles dieses hat gründlich ausgeführt Hoepfner Diss. de Effectu restitut. in integr. quoad fideiussorem. §. 9. pag. 13. add. Schmidt Diss. de restit. in integr. num sit beneficium reale, an personale? §. 24. 25.

7) Zwar möchte es scheinen, daß hier vermöge L. 16. §. 1. D. ad S. C. *Velleian.* der Bürge in jedem Falle von aller Verbindlichkeit frei zu sprechen sei. Eigentlich geht aber die erwähnte Vorschrift dahin, daß dem Bürgen das Senatusconsultum zu statten komme, wenn er auch ohne Auftrag der Frauensperson sich verbürget, folglich die eigentliche Mandatsklage gegen sie nicht anzustellen hätte. Damit ist aber nicht gesagt, daß nunmehr auch in allen übrigen Fällen, wo dem Bürgen kein Regreß zusteht, die Einrede des S. C. V. ihm dennoch beizulegen sei. Vielmehr ist wider denjenigen, welcher sich wissentlich für eine Schuld verbürgt, die das Senatusconsultum unverbindlich erklärt, unstreitig eine andere gesetzliche Vorschrift anzuwenden, welche selbst in Ansehung der Frauenspersonen dahin lautet: Si quum sciret, se non teneri mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei non datur. Actionem enim quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. L. 30. D. ad S. C. V. Faber in Cod. Lib. 4. Tit. 21. Defin. 6. Voet Lib. 44. Tit. 7. §. 3.

8) *Lud. Jul. Frid.* Hoepfner de effectu restitut. in integrum quoad fideiussorem. Giessae 1771. *Joh. Lud.*

chen wenn die Hauptschuld von einem gerichtlich erklärten Verschwender [9]), oder von einer Frauensperson ohne Zuziehung des, den Rechten nach, erforderlichen Curators, gewirkt worden ist [10]). Es ist aber von dieser besondern Bestimmung in solchen Fällen kein Gebrauch zu machen, wo die Gesetze nicht sowol hauptsächlich nur den Schuldner gegen ungebührliche Verleitung **begünstigen**, als vielmehr sich durchaus gegen den Gläubiger erklären, und wo also die Gültigkeit der Bürgschaft dem Gläubiger gerade den unrechtmäßigen Erwerb, das improbum lucrum verschaffen würde, welches ihm die Gesetze schlechterdings nicht gestatten wollen. Wer sich für verbotene Spielschulden, unerlaubten Wucher, u. s. w., verbürgt hat, ist in jedem Falle von aller Verbindlichkeit frei, er mag wissentlich in Betracht der ungültigen Hauptschuld dafür gut gesagt, oder die Beschaffenheit des Vorganges nicht gekannt haben. (§. 77.)

§. 114.

Lud. Schmidt de Restitutione in integrum: num sit beneficium reale an personale. Jen. 1777. §. 14. sequ. *Ant. Christ.* Niehaus de fideiussore minoris. Goett. 1778.

9) I. O. Westenberg Dissert. I. de caus. obligat. Cap. 4. §. 18. *Sam. de* Cocceii iur. controu. Lib. 2. Tit. 14. Qu. 32.

10) Huber Prael. ad. Instit. Lib. 3. Tit. 21. §. 3. not.

§. 114.

Wenn das Hauptgeschäfte zwar nicht verboten, oder ganz ungültig, jedoch die daraus entspringende Klage nicht völlig wirksam ist.

An sich ist der Bürge in den Fällen, welche hieher gehören, unstreitig verbunden, bei ermangelnder Bezahlung von Seiten des Principalschuldners, dem Gläubiger die versprochene Befriedigung zu leisten. Es kommt nur darauf an: ob und in wiefern der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen im Wege Rechtens geltend gemacht werden könne? Wollte man hier bei jener allgemeinen Vorschrift der Gesetze stehen bleiben, daß es zur Gültigkeit der Bürgschaft hinreichend sei, wenn auch die Hauptschuld nur eine bloß natürliche, obgleich nicht völlig wirksame Verbindlichkeit sein möchte, so dürften hieraus Folgerungen erwachsen, die man dannächst in der Anwendung keinesweges würde aufrecht erhalten können, wenn gleich der Regel nach, eine jede natürliche Verbindlichkeit in bürgerlichen Gerichten allewege die Wirkung behält, welche die Civilgesetze derselben nicht ausdrücklich abgesprochen haben. In der That sind einige Rechtslehrer verleitet worden, in diesen Fällen dem Gläubiger gegen den Bürgen durchgängig eine Klage zu gestatten, obgleich dieselbe gegen den Hauptschuldner wegfällt.

So

So z. B. hat man dafür gehalten, daß das Senatusconsultum Macedonianum den Gläubiger in keine Wege hindere, sein Recht wider den Bürgen klägend zu verfolgen [1]). Nun sind zwar dieser Meinung ganz bestimmte Gesetze entgegen [2]); wobei es denn freilich, was den gedachten einzelnen Gegenstand anbetrifft, sein Bewenden behalten muß. Aber wie verhält es sich mit den übrigen Fällen, wo dieser Punkt durch besondere Gesetze nicht so ausgemacht ist? Da die Einschränkung der gerichtlichen Wirksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten strenge zu erklären ist, so sieht man wol, daß dasjenige, was in Ansehung des Macedonianischen Rathschlusses verordnet worden ist, noch nicht so fort eben darum auf alle übrigen Fälle, z. B. die Verjährung, die Präclusion, das beneficium competentiae, u. s. w., ausgedehnt werden könne. Um daher im Ganzen diese Materie auf sichere Grundsätze zurückzuführen, muß man vor allen Dingen auf das ganze Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, so wie es die Civilgesetze ein für allemal regulirt haben, Rücksicht nehmen, und darnach bestimmen, ob und in wie fern eine Rechtsverfolgung, welche wider den Schuldner

1) *Joh. Laur.* Drechsler de exceptione S. C. Maced. fideiussoribus filiorum familias deneganda. Altorfii 1758.

2) L. 9. §. 3. D. *de S. C. Maced.* L. 7. eod. L. 11. D. *de fideiuss.*

Schuldner nicht Statt findet, dennoch gegen den Bürgen eintreten könne? Es ist bekannt, 1) daß der Bürge, wenn von ihm die Bezahlung gefordert wird, der Regel nach verlangen kann, daß der Gläubiger zuvörderst den Hauptschuldner ausklagen solle, und daß der Gläubiger sich in dieser Hinsicht keiner Nachläßigkeit schuldig gemacht haben muß. Hieraus ergiebt sich schon Eine unleugbare Folge, welche bei dieser Materie nicht ohne Einfluß sein wird, daß nämlich auch dem Bürgen die Unwirksamkeit der Hauptschuld allerdings zu Statten kommt, wenn solche durch des Gläubigers eigene Nachläßigkeit entstanden ist. 2) Da dem Gläubiger ferner obliegt, die Klage gegen den Principalschuldner an den Bürgen abzutreten, so ist nicht füglich abzusehen, wie er in solchen Fällen, wo er gar kein Recht zu klagen hat, gegen den Bürgen durchkommen könne [3]). Endlich haben aber 3) die Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben, daß der Bürge der Regel nach eben die Ausflüchte und Einreden gebrauchen dürfe, welche dem eigentlichen Schuldner zu Hülfe kommen [4]); eine Sache, die hier ganz vorzüglich in Betrachtung kommt. Man hat aber auch dabei 4) die Einschränkung gedachter Regel nicht außer Acht zu lassen, welche wir lieber mit den eigenen Worten

3) AVERANIUS interpretat. iur. Lib. 3. Cap. 8. n. 44.
4) L. 19. D. *de exceptionibus.*

Worten der Gesetze anführen wollen: Exceptiones, quae *personae cuiusque* cohaerent, non transeunt ad alios; *rei autem cohaerentes* exceptiones etiam fideiussoribus competunt [5]). Bei aller Gültigkeit also, welche die Gesetze der Bürgschaft wegen bloß natürlicher Hauptverbindlichkeiten im Ganzen beilegen (§. 111.), ist doch die Frage: ob und in wie fern der Gläubiger seinen Anspruch wegen solcher an sich gültigen Bürgschaft wirklich vor Gericht verfolgen könne? eigentlich nur dahin zu beantworten: **daß der Regel nach auch gegen den Bürgen nur diejenige Art der Rechtsverfolgung Statt finde, worauf der gerichtliche Effect gegen den Schuldner selbst eingeschränkt ist;** es wäre denn, daß die dem Hauptschuldner beigelegte Ausflucht zu jenen **bloß persönlichen Einreden** gehörte, die ihrer Natur nach nicht auf andere übergehen können [6]). Wie sich dieses nun

in

5) L. 7. D. eod.

6) Einen richtigen Begriff davon giebt folgende gründliche Erläuterung eines helldenkenden Rechtsgelehrten: Personalis exceptio vocanda erit, cui personae ratio *sola et unica, sine alterius causae interuentu* locum concedit, quales sunt exceptiones cessionis bonorum, rescripti moratorii, beneficii competentiae. Realis autem erit, quae *vel soli causae* absque ulla personae contemplatione, vel *personae quidem, ita tamen, ut praeterea aliud quid desideretur*, conceditur; huius notae sunt exceptiones solutionis,

Senat.

in den einzelnen Fällen näher bestätige, davon sogleich mit mehrern.

§. 115.

Fortsetzung.

Obgleich nach den im vorigen §. vorgetragenen Grundsätzen die einzelnen Fälle sehr leicht ihre nähere Bestimmung erhalten können, wird es doch nicht undienlich sein, noch einige Bemerkungen hinzuzufügen.

1) Die Meinung eines gewissen **Drechslers**, daß die Einrede des Senat. cons. maced. dem Bürgen gar nicht zu Statten komme [1]), ist auch so auffallend falsch, daß es nur Zeitverlust sein würde, sich dabei lange aufzuhalten [2]). Nur haben die Gesetze auch

Senat. cons. Macedon. Velleiani et restitutionis in integrum, quae dicitur aetatis. Exceptio enim Senatusconsulti non filio familias unice ideo *quod sit filius*, sed quia ipsi pecunia numerata mutuo data, non feminae *tanquam tali* sed quia intercessit competit. Hoeffner cit. Diss. pag. 3. sequ.

1) In der beim vorigen §. angeführten Dissertation. Er beruft sich auf die allgemeine Regel, daß die Bürgschaft zu Recht bestehe, wenn die Hauptschuld auch nur zu den natürlichen Verbindlichkeiten gehört, wobei aber ganz irrig von der an sich nicht ungültigen Bürgschaft sogleich auf den völligen gerichtlichen Effect derselben geschlossen wird, so wie auch die Gesetze, welche er besonders für sich anführt, L. L. 7. und 25. D. *de fideiussoribus*, gleich beim ersten Anblicke das Unschickliche der davon gemachten Anwendung ergeben.

2) L. 9. §. 3. L. 7. pr. D. *de Senat. cons. Maced.* L. 2. D. *quae res pignori.* L. 7. §. 1. D. *de Exceptionibus*

auch hier die billige Einschränkung hinzugefügt, daß der Bürge, welcher die gerichtliche Unwirksamkeit der Hauptschuld wußte, und nichts desto weniger dafür gut sagte, in keine Wege von solcher Einrede Gebrauch machen darf. Non solum *filio familias, et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque, et mandatori nisi forte donandi animo intercesserunt.* L. 9. §. 3. D. *de S. C. Maced.* Eine Ausnahme, welche nach Vernunft und Analogie der Rechte in allen den Fällen eintreten muß, wo die Hauptverbindlichkeit nicht sowol die Erfüllung eines verbotenen Handels bezielt, als nur in Ansehung der gerichtlichen Wirkung eingeschränkt ist. 2) Man hat gefragt: ob das beneficium competentiae des Schuldners, ingleichen der ihm verliehene Indult auch dem Bürgen zu Statten komme? Die Entscheidung kann nicht anders, als verneinend sein, weil beides den Rechten nach zu den bloß persönlichen Behelfen und Rechtswolthaten gehört [3]). 3) Die

ptionibus. Diese Gesetze lauten alle ganz bestimmt dahin, daß die erwähnte Einrede auch dem Bürgen zu Statten komme. *Dan.* Nettelbladt Diss. exceptionem S. C. Maced. etiam fideiussori competere. Halae 1785. G. A. Schuberth de fideiussione pro filio familias mutuum contrahente inualida. Lips. 1723. I. L. E. Püttmann probabil. iur. cap. 19. *Ant.* Faber Rational. ad Pand. Tit. de S. C. Maced. pag. 111.

3) Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non

Frage: was in Ansehung der Bürgschaft nach verjährter Hauptklage Rechtens sei? kommt eigentlich

non transeunt ad alios. Veluti ea, quam socius habet, *quod facere possit*, vel parens patronusue *non competit fideiussori;* sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus *in solidum dotis nomine condemnatur.* L. 7. D. *de Exceptionibus.* Etsi fideiussor acceptus sit rei vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fideiussit, in quantum facere possit condemnanda est. L. 24. D. de re iudicata. Höpfner theoretisch prakt. Commentar. §. 1137. Eisenhard de fideiuss. dotis. §. 21. Mit jenen Gesetzen stimmt auch im allgemeinen überein L. 63. §. 1. D. *pro Socio*, nur unter der Einschränkung, daß der Bürge, so lange er noch nicht selbst aus der Bürgschaft in Ansprache genommen wird, sondern bloß als Defensor des Hauptschuldners anzusehen ist, nur in id, quod facere debitor possit, verurtheilet werden könne; verglichen mit L. 12. 13. 14. D. *Solut. matrimonio etc.* Indessen haben einige noch unterscheiden wollen, ob das beneficium dem Schuldener gleich vom Anfange zugestanden, oder nach geschlossener Bürgschaft erst beigekommen sei; da denn im ersten Falle, nicht aber im letztern, z. B. wegen geschehener Cession der Güter, auch der Bürge sich dessen bedienen könnte. Hertius de transit. priuil. ad alios. §. 23. Wiederum sind Brunnemann Comment. ad L. L. cit. Mevius P. 3. Dec. 150. und 261. dafür, daß dem Bürgen die Rechtswolthat der Competenz wenigstens in den Fällen, wo solche gemeinen Rechtens ist, zu gestatten sei. Es ist aber ihre Meinung gründlich widerlegt von *Jo. Jac.* Cella Diss. an Fideiubens pro persona nobili aut illustri creditori in tantum teneatur, quantum hic ob beneficium competentiae debitori lege vel obseruantia con-

lich in einer zwiefachen Hinsicht zur Betrachtung. a) Bestehet die Bürgschaft, wenn schon bei Eingehung derselben die Hauptschuld bereits verjähret war? b) Kann die, nach geschlossener Bürgschaft erst eingetretene Verjährung der Hauptklage, auch dem Bürgen zu statten kommen? Was den ersten Punkt betrifft, sagt **Voet**: Accedit fideiussor omni obligationi, *nisi praescriptione iam sublata sit* [4]). Da aber die Verjährung, wie wir oben gezeigt haben,

concessum accipere non potuerit. Erlangae 1784. Daß insbesondere der Indult, welcher dem Schuldner ertheilt worden ist, dem Bürgen nicht zu gute komme, hat ausführlich gezeigt Voet Comment. ad. Pand. Tit. de Cessione bonor. §. 19. Ihm pflichtet bei J. G. S. A. **Büchner** Beweiß daß das einem Schuldner ertheilte Moratorium dem Bürgen nichts nutze. Gött. 1780. Das Gegentheil behaupten Hartleben Med. ad Pand. Spec. XV. Med. 7. Frick de exceptione litterarum respirationis vel debitoris fideiussoribus proficua. Helmst. 1779. Und in gewisser Hinsicht *Joa. Geo.* Schloer. (Resp. Anzmann) Vindiciae veritatis, fideiussorem obtento a debitore principali rescripto moratorio a creditore conueniri haud posse. Mogunt. 1782. Des Verfassers Meinung geht eigentlich dahin, daß der Bürge die exceptionem moratorii nicht gradezu habe und gebrauchen könne, wol aber mit der exceptio excussionis und cedendarum actionum sich schützen dürfe, wenn der Hauptschuldner einen Anstandsbrief erlangt hätte, daß also dieser dem Bürgen doch indirecte und mittelbarer weise nütze. Allgemeine juristische Bibliothek von zweien Altdorfischen Professoren. 3. B. p. 423.

4) Voet Comment. ad Pand. Tit. de fideiuss. §. 6.

die natürliche Verbindlichkeit an sich nicht aufhebt: so läßt sich auch nicht behaupten, daß die Bürgschaft gar nicht zu Recht bestehe, sondern ich glaube nach Anleitung der bisherigen Grundsätze, hier folgende Fälle unterscheiden zu müssen: 1) Hat der Schuldner selbst nach abgelaufener Verjährungsfrist erst einen Bürgen bestellt, ohne sich in facto wegen der Verjährung in einem schuldlosen Irrthum zu befinden, so ist nicht abzusehen, warum diese Handlung nicht die Wirkung einer gültigen Ratihabition hervorbringen sollte, dergestalt, daß weder der Schuldner in Betracht seiner, wo nicht ausdrücklich geschehenen, doch zum wenigsten in der Handlung selbst liegenden Anerkennung der Zahlungsverbindlichkeit, die Einrede der Verjährung weiter vorschützen, noch auch der Bürge sich derselben bedienen könne, weil die Hauptschuld an sich als eine natürliche Verbindlichkeit bestehet. Ein anderes wäre freilich zu behaupten, wenn gerechte Unwissenheit in facto wegen der Verjährungszeit bei der Bestellung des Bürgen obgewaltet hätte, indem sodann von dem Schuldner nicht gesagt werden könnte, daß er sich der gedachten Einrede begeben habe [5]). 2) Hat sich der Bürge ohne Concurrenz

5) Die Unwissenheit des **Rechts** kann Niemandem zum Zweck eines **Vortheils** zu Statten kommen. L. 7. D. *de iuris et facti ignorant.* Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus

currenz des Schuldners zur Intercession entschlossen, und wußte er gleichwol daß die Hauptklage schon verjährt sei, so ist er ganz unstreitig zur Zahlung verbunden — nam donandi animo intercessit. 3) Wußte er aber in diesem Falle von der eingetretenen Verjährung nicht, so muß ihm auch allerdings diese Einrede, deren er sich nicht begeben hat, zu Statten kommen. Selbst die Worte des **Paullus** in L. 37. D. *de fideiussoribus* — Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, *quoniam erroris fideiussio nulla est*, wenn sie gleich von der eigentlichen Verjährung nicht zu erklären sein möchten, wie oben bereits erinnert worden ist, geben doch unserer Behauptung ein Gewicht der Analogie, welches einem Jeden einleuchten wird —. Daß die zweite der obigen Fragen: ob nämlich die Verjährung der Hauptklage, wenn solche **nach Eingehung der Bürgschaft** allererst abgelaufen ist, auch dem Bürgen zu Statten komme? den Rechten nach nicht anders als bejahend zu entscheiden sei, ist gar keinem Zweifel unterworfen [6]). 4) Wenn über des Schuldners Vermögen ein Con-

bus non nocet. L. 11. C. *de iur. et facti ignor.* ibid. verb. in lucro nec feminis *ius* ignorantibus subueniri soleat.

6) Vinnius select. Quaest. Lib. 2. cap. 10. G. A. Struv Syntagm. iur. ciu. tit. de fideiussor. th. 47. Voet c. l. §. 36. fin.

curs ausgebrochen, der Gläubiger aber, für dessen Forderung sich Jemand verbürget hat, mit seinem Anspruche präcludirt ist, so halten die mehrsten Rechtslehrer dafür, daß der Bürge dennoch zur Zahlung angehalten werden könne, und seiner Entschädigung wegen sich beim Concursgerichte melden müsse [7]). Ziehet man aber hiebei in Erwägung, was ich schon im vorigen Abschnitte, bei Gelegenheit der hypothekarischen Klage eines präcludirten Gläubigers gegen den dritten Besitzer der Hypothek bemerkt habe, so wird man sehr bald überzeugt werden, daß ohne Unbilligkeit jene Meinung nicht durchgängig anzunehmen sei. Die Gründe, worauf man sie zu stützen pflegt, erschöpfen die Sache nicht ganz. Der Bürge soll aus der Präclusion des Gläubigers gegen diesen keinen Einwand hernehmen können, weil ja nach ausgebrochenem Concurse die sogenannte exceptio excussionis wegfiele, folglich der Bürge den Gläubiger nicht an den Concurs verweisen könnte. Dadurch also, daß man dem Bürgen gestattet, nach geleisteter Bezahlung seinen Regreß gegen den Schuldner im Concurse wahrzunehmen, glaubt man, daß jenem völlige Gerechtigkeit widerfahren sei. Man bedenkt aber nicht, 1) daß noch ein Gesichtspunkt übrig bleibt, welche:

7) Scaumburg princ. prax. iudic. Lib. 2. cap. 8. §. 4. not. ult. Brunnemann concurs. credit. cap. 1. §. 9. Mevius P. 5. Dec. 198. Ludovici Concursproc. Kap. 1. §. 7.

welcher die Rechte des Bürgen ganz anders darstellt. Zwar kann die Einrede der Ordnung hier die Wirkung nicht haben, daß der Gläubiger zuvörderst sein Recht im Concurse völlig durchsetzen, und den Ausgang dieses Processes abwarten müsse, allein wiederum darf doch auch der Gläubiger nicht selbst daran Schuld sein, daß auf dem ordentlichen Wege aus dem Vermögen des Schuldners für ihn nichts zu erlangen ist. Dessen nun nicht zu gedenken, daß Forderungen, deren Vorzugsrecht ganz evident ist, bisweilen auch noch vor Endigung des Concursprocesses aus der Masse abgetragen werden, und folglich der Bürge allerdings mit dem Einwande gehört werden muß, daß der Gläubiger, wenn er sich zur rechten Zeit gemeldet hätte, seine Befriedigung wirklich schon erhalten haben würde, so ist doch hiebei 2) vorzüglich zu erwägen, daß der Bürge bei der Regreßklage, die man ihm noch in foro concursus anzubringen gestattet, durch die Schuld des Gläubigers gar sehr gefährdet werden könne. Wie, wenn selbst der Concurs schon geendigt, und die Masse bereits vertheilet war, als der präcludirte Gläubiger den Bürgen in Anspruch nahm. Ganz unstreitig muß der letztere hier mit jenem Einwande zugelassen werden. 3) Es kommt aber auch ganz vorzüglich in Betrachtung, daß, wenn gleich im Ganzen das Concursforum dem Bürgen wegen seines Regresses noch offen steht, ihm

dennoch besonders daran gelegen sein kann, nicht sowol seinen eigenen persönlichen Anspruch an den Schuldner, wegen der für ihn geleisteten Bezahlung, als vielmehr das cedirte Recht des Gläubigers selbst im Concurse geltend zu machen, wenn etwa einestheils Vorzüge damit verbunden sind, die dem bloß persönlichen Rechte des Bürgen nicht zukommen, oder anderntheils der Bürge ohne diese Cession etwa gar keine Ansprache an den Schuldner machen könnte, z. B. wenn die Bürgschaft wider Willen des letztern übernommen worden. Nun kann aber der Bürge als Cessionarius des Gläubigers nicht im Concurse auftreten, wenn sein Cedent schon davon ausgeschlossen ist, und gleichwol hat jener den Gesetzen nach ein vollkommenes Recht, von dem Gläubiger die völlige Abtretung der ihm zustehenden Klage zu verlangen; woraus die ganz natürliche Folge hervorgeht, daß ein präcludirter Gläubiger sich keinesweges an den Bürgen halten kann, so bald der letztere zu zeigen vermag, daß entweder die Hauptschuld, wenn sie zur gehörigen Zeit angegeben wäre, bereits würde ausbezahlt sein, oder daß doch wenigstens die erkannte Präclusion dem Bürgen ein rechtliches Hinderniß sei, vermöge der cedirten Hauptklage seine Entschädigung zu erlangen. [8]).

§. 116.

8) L. 95. §. 11. D. *de solution.* Si creditor culpa sua

§. 116.

Ob und in wie fern der Bürge, welcher gleichwol bezahlt hat, auf Entschädigung dringen könne?

Der Gegenstand, welchen wir hier zu untersuchen haben, beruhet auf zwei Fragen:

1) Ob der Bürge die Zahlung, worauf der Gläubiger nicht hätte klagen können, von dem letztern selbst wider zurückzufordern befugt sei?

2) Ob und in wie fern er seinen Regreß gegen den Hauptschuldner nehmen dürfe?

Bei Erörterung der ersten Frage kommt vor allen Dingen folgender Grundsatz in Betrachtung. So oft der Bürge es mit dem Gläubiger zu thun hat, tritt jener der Regel nach in alle Rechte und Befugnisse des Schuldners, folglich kommt auch die Zurückforderung des Gezahlten dem Bürgen in so fern zu Statten, als der Schuldner selbst, wenn er bezahlt hätte, dazu berechtigt sein würde. Unsere Gesetze [1]) verordnen ausdrücklich: Fideiussor rei

sua causa ceciderit, prope est ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, quum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere. L. 21. C. *de fideiussor.* *Joh. Lud.* SCHMIDT de fideiussore plane non obligato. Sect. 1. §. 20. BERGER Oecon. iur. Lib. 3. Tit. 3. Th. 12. n. 1. Die Lehre von der Präclusion der Gläubiger. S. 65. §. 17. und 18.

1) L. 4. §. 1. L. 16. pr. L. 32. D. *de fideiussoribus.*

locum obtineat, nec obligari potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. Quare ex persona rei, et quidem inuito reo, exceptio *et caetera debitoris commoda* fideiussori competere. In allen Fällen also, wo die Hauptverbindlichkeit gänzlich wegfällt, und die Gesetze dem Schuldner selbst die Zurückforderung des Bezahlten gestatten, da ist auch diese dem Bürgen nicht zu versagen, welches nach den Grundsätzen, die wir oben §. 75. 76. und 77. vorgetragen haben, näher zu bestimmen und auf einzelne Fälle anzuwenden ist. Wie demnach z. B. eine verbotene Spielschuld, unerlaubter Wucher ꝛc. allemal von Seiten des Schuldners selbst zurückgefordert werden kann, so muß es auch dem Bürgen frei stehen, er mag wissentlich oder aus Irrthum dergleichen Nichtschuld entrichtet haben. In andern Fällen hingegen, wo der Schuldner von der Zurückforderung ausgeschlossen ist, wenn er wissentlich bezahlt, was den Rechten nach von ihm nicht gefordert werden konnte, ist auch der Bürge nur befugt, die Zurückgabe der Zahlung zu verlangen, wenn diese aus einem untadelhaften Irrthume von ihm geschehen ist [2]). Es kann z. B. eine Frauensperson dasjenige, was sie wissentlich gegen die Vorschrift des Vellejanischen Rathschlusses bezahlt hat, nicht condiciren (§. 77.), mithin darf es auch in sol-

cher

2) L. 47. D. *de condict. indebiti.*

cher Voraussetzung ihr Bürge nicht. Das übrigens in den Fällen die Zurückforderung ohne allen Zweifel wegfalle, wo nach Anleitung des §. 113. gegen den Bürgen, welcher donandi animo intercedirt ist, sogar eine Klage Statt findet, obgleich der Hauptschuldner nicht haftet, versteht sich von selbst [3]). So viel von der Bezahlung einer Hauptschuld, welche einen bürgerlich verbotenen und ganz ungültigen Handel betrifft.

Ist hingegen von solchen Hauptverbindlichkeiten die Rede, die etwa nur nicht klagbar sind, so ergiebt es der Augenschein, daß in den Verhältnissen, welche nach Anleitung des vorigen §. sogar eine Klage wider den Bürgen begründen, von Zurückforderung der dem Gläubiger geschehenen Zahlung die Rede nicht sein kann. Angenommen aber, daß dergleichen Umstände nicht eintreten, und der Bürge, welcher gleich dem Hauptschuldner nicht zu belangen war, doch bezahlte, in wiefern ist er dann berechtigt, das Gegebene wieder zurückzufordern? Man muß vor allen Dingen wol unterscheiden: ob die Zahlung mit Wissen und Willen des Hauptschuldners, oder auf eigenen Antrieb und lediglich in des Bürgen Nahmen geschehen sei? Im ersten Falle mag der Bürge sich an den Schuldner, welcher die Zahlung gewollt hat, halten; der Gläubiger ist gegen alle Zurückfor-

derung

3) Voet Comment. ad Pand. tit. de fideiuss. §. 33.

derung sicher 4). Aber diese scheint auch im zweiten Falle nicht Statt zu finden, weil der Schuldner, an dessen Stelle doch der Bürge eintritt, dazu nicht berechtigt ist. Wirklich lautet auch die gesetzliche Vorschrift dahin: Et hi tamen, qui pro filio familias intercesserunt, soluendo non repetent. Atquin perpetua exceptione tuti sunt; sed et ipse filius; et tamen non repetit. L. 9. §. 3. D. *de Senat. cons. maced.* Indessen muß doch die Billigkeit dem Bürgen das Wort reden, wenn er durch schuldlosen Irrthum veranlaßt, die Hauptschuld, ohne deren eigentliches Verhältniß zu kennen, abgetragen hätte, und gleichwol durch den Regreß wider den Hauptschuldner seine Entschädigung nicht erreichen könnte. Denn obgleich der Schuldner selbst, wenn von ihm die Zahlung geschehen wäre, solche nicht zurückfordern könnte, so tritt doch immer bei dem Bürgen noch das besondere ein, daß er bei übernommener Intercession und darauf geleisteter Zahlung einen vollgültigen Anspruch des Gläubigers vorausgesetzt hat, welches ihn wol berechtigen dürfte, den Gläubiger, der ihm keine klagbare Forderung an den Schuldner abtreten kann, zur Herausgabe des Empfangenen anzuhalten. In L. 59. D. *de cond. indeb.* wird auch der Unterschied zwischen einer von dem Schuldner selbst, und dem Bürgen geschehenen

4) *Argum.* cit. *L.* 47. *D. de cond. ind.*

henen Bezahlung dahin bestimmt: Si fideiussor iure liberatus, solùerit *errore* pecuniam, repetenti non oberit. Si vero reus promittendi per errorem et ipse postea pecuniam soluerit, non repetet, quum prior solutio, quae fuit irrita, naturale vinculum non dissoluit; nec ciuile, si reus promittendi tenebatur.

§. 117.

Fortsetzung.

Es ist nach Anleitung des vorigen §. die zweite Frage noch zu untersuchen: Ob und in wie fern nämlich der Bürge, welcher eine Nichtschuld, oder eine nicht klagbare Forderung bezahlt hat, seinen Regreß gegen den **Hauptschuldner** nehmen dürfe? 1) Vor allen Dingen bemerkt **Voet** ganz richtig: Si manifesto constet, donandi proposito quem fideiussisse, dubitari non potest, quin soluti repetitio a debitore denegari debeat [1]). 2) Hiernächst hat auch der Bürge offenbar kein Recht, sich an den Schuldner zu halten, wenn er die erfolgte Verurtheilung seiner eigenen Schuld beizumessen, und wenn er etwa die Einreden versäumt hat, die dem klagenden Gläubiger den Rechten nach entgegen standen [2]). Dieses

1) Voet Comment. ad Pandect. Tit. de fideiussorib. §. 33. L. 4. D. L. 12. C. de Negot. gest.

2) L. 67. D. *de fideiussoribus*. Quia iniuriam, quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium trans-

ses abgerechnet, ist zu unterscheiden: ob dem Bürgen vom Schuldner ein rechtmäßiger Auftrag zur Uebernehmung der Bürgschaft geschehen sei, oder nicht? Im ersten Fall muß der Schuldner den Bürgen entschädigen, obgleich der Gläubiger ein wirkliches indebitum von dem Bürgen erhalten hätte, wenn nämlich, wie gesagt, der letztere bona fide dabei verfahren, und ihm keine Vernachlässigung vorzuwerfen ist [3]). Denn der Schuldner kann sich der Verbindlichkeit nicht entziehen, welche durch die, zwischen ihm und dem Bürgen getroffene Vereinbarung, klar zu Tage liegt. Nur aber verstehet es sich von selbst, daß die Person des Schuldners, oder selbst schon die Beschaffenheit des Handels keinen Grund erhalten muß, weshalb der Auftrag, welcher dem Bürgen gemacht worden ist, den Schuldner im Wege Rechtens

transferri aequius est, scilicet, si culpa tua iniustae damnationis causam praebuisti. L. 10. §. 12. D. *mandati.* Si fideiussor eam omiserit exceptionem, qua reus uti potuit, *si sciens id fecit*, non habiturum mandati actionem. L. 10. in fin. C. *eod.* Mevius P. 2. Dec. 289. P. 3. Dec. 341. *Ant.* Faber Cod. Lib. 8. Tit. 27. Def. 10. Voet c. l.

3) L. 47. D. *de condict. indeb.* L. 29. pr. D. *Mandati*, vorzüglich in den Worten: Pari ratione etsi aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conuenti, vel cuius alterius rei, *et ignarus* hanc exceptionem non exercebit, dici oportet ei mandati actionem competere; Potuit enim, atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus soluat indebitum. Mevius cit. l.

tens nicht verbinden kann [4]). Sollte hingegen im zweiten Falle die Bürgschaft ohne Auftrag und Bewilligung des Schuldners eingegangen sein, so ist der Bürge in keine Wege befugt, wegen Bezahlung einer nicht klagbaren Forderung von dem Schuldner Entschädigung zu verlangen [5]). Denn die actio negotiorum gestorum, welche sonst dem Bürgen zusteht, wenn die Interceſſion zwar ohne Auftrag, jedoch nicht wider Willen des Schuldners geschehen ist, kann hier nicht Statt finden, quoniam, wie Voet richtig erinnert, neque fideiubendo, neque soluendo dici potest, utiliter negotium gessisse debitoris, qui non potuit inuitus ad soluendum compelli. Und daß vollends, wenn die Bürgschaft wider des Schuldners Willen übernommen worden, der Regreß gar gegen ihn wegfalle, ist ohnehin klar, weil ja in Fällen dieser Art eine Ceſſion der Klage des Gläubigers nicht Statt

4) Voet tit. de fideiussorib. §. 33. Cessat quoque repetitio, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate, vel sciens ex mandato adolescentis luxuriosi pro meretrice fideiusserit, quia similis est ei, qui perdituro pecuniam sciens crediderit. L. 12. §. 11. D. *Mandati.*

5) Voet ibid. Cessat repetitio, si quis sine mandato pro eo, qui tantum naturaliter ex pacto obligatus erat fideiusserit, quum ita, *neque fideiubendo neque soluendo videri possit utiliter negotium gessisse debitoris, qui non potuit inuitus ad soluendum compelli.*

Statt findet [6]); und gleichwol ohne diese dem Bürgen, eben weil er gegen den Willen des Schuldners sich verbürgt hat, kein Recht zu klagen zukommt [7]). Noch eine Frage verdient hiebei besonders erwogen zu werden. Wir haben bereits bemerkt, daß ein Bürge der Regel nach dem klagenden Gläubiger eben die Einreden entgegen stellen könne, welche dem Hauptschuldner zustehen, daß jedoch davon die ganz persönlichen Rechtswohlthaten, welche von dem Schuldner nicht auf andere übergehen können, billig auszunehmen sind. Gesetzt nun, daß der Bürge dem Gläubiger alles hat bezahlen müssen, da doch dem Schuldner ein Indult, oder die Rechtswolthat der Competenz zukam, so entsteht die Frage: ob der Schuldner sich dieser Rechtswolthaten auch gegen den Bürgen bedienen dürfe, wenn selbiger die Regreßklage wider ihn anstellt? Man hat diese Frage bejahend entschieden [8]), wiewol ich glaube, daß

6) Averanius interpretat. iur. Lib. 3. cap. 8. n. 44. und 45., verb. Quomodo cedet creditor actiones, si eas non habet? — Qui utitur mandatis actionibus, eo iure uti debet, quo is cuius persona fungitur, adeoque quum creditor repelli posset a debitore exceptione pacti, ergo eadem exceptione poterit repelli fideiussor, qui utitur actione creditoris.

7) Hellfeld iurisprud. forens. §. 1918. 19.

8) *Joa. Jac.* Cella in der oben §. 115. Not. 3. angeführten Dissertation. Imgleichen Voet tit. de cessione bonorum. §. 19.

daß es auf den Unterschied ankomme: ob dem Schuldner die erwähnten persönlichen Rechtswolthaten überhaupt und durchgängig gegen alle seine Gläubiger beigelegt sind; oder nur in Rücksicht gewisser einzelner Ansprüche. In dem ersten Falle kann er mit Recht auch dem Bürgen dergleichen Einrede entgegen stellen; und in diesem Betrachte urtheilet Voet sehr richtig: quo beneficio debitor uti alios repellit creditores, ita et fideiussorem iam excussum; utpote qui iam coepit debitoris principalis creditor esse. In dem zweiten Falle hingegen, wo die Einrede oder Rechtswolthat sich auf besondere Klagen beschränket, z. B. das beneficium competentiae, welches einem Gesellschafter gegen den andern, imgleichen dem Ehemann in Ansehung des Brautschatzes zustehet, kommt natürlich der bekannte Grundsatz zur Anwendung, daß dergleichen singulaire Rechte strenge zu erklären, und nicht von einem Fall auf andere auszudehnen sind. Vielmehr ist hier offenbar der Unterschied zu machen, ob der Bürge 1) in dem Falle sei, daß er lediglich nur mittelst abgetretener Klage des Gläubigers seinen Regreß gegen den Schuldner nehmen könne, weil die Intercession wider Willen des Schuldners geschehen ist. Hier muß der Bürge, als Cessionar, unstreitig die Einreden wider sich gelten lassen, wel-

che seinem Cedenten entgegen stehen [9]); oder ob er 2) bloß actione negotiorum gestorum seinen Regreß

9) Man pflegt zwar von der Regel, daß der Cessionar alle Einreden des Schuldners, welche dem Cedenten entgegen stehen, auch wider sich gelten lassen müsse, Lenz de nominibus et action. cessis. Cap. 32, eine Ausnahme zu machen, wonach unser Satz gewissermaßen bedenklich werden dürfte. Berger Oecon. iur. Lib. 3. Tit. 5. th. 5. n. 10. sagt: Exceptiones, quae obstant cedenti, cessionario etiam obstare, scilicet 1) facti, 2) reales iuris, *non item personales*, cuiusmodi est exceptio doli, utpote quae ex persona cedentis cessionario opponi nequit, siquidem cessio facta sit ex causa onerosa, secus si ex causa lucratiua. Man sehe auch Lenz l. c. Cap. 33. Seite 402. Schmidt praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 866. Solchemnach möchte es scheinen, daß der Schuldner die Rechtswolthat der Competenz, in so fern solche nur das persönliche Verhältniß zwischen ihm und dem Gläubiger bezielt, dem ex iure cesso klagenden Bürgen nicht entgegenstellen könne, indem der letztere gegen Bezahlung der Hauptschuld, mithin nicht aus einem lucrativen Titel die Abtretung der Klage erhalten hat. Allein die Gesetze, worauf man jene Ausnahme zu stützen pflegt, L. 4. §. 29. und 31. D. de *Doli mali et metus except.* reden lediglich nur von der exceptione doli mali, in so fern dieser dolus den vorkommenden Umständen nach das erworbene Recht eines Dritten nicht mindert, sondern seinen Urheber nur ad id quod interest verbindet. Der Käufer, zum Beispiele, dem die Sache übergeben worden ist, verfolgt sie als Eigenthum, ohne den dolum seines auctoris vertreten zu dürfen, wenn dieser die Sache einem andern vorher schon verkauft, aber noch nicht übergeben hätte.

greß zu suchen habe, da er zwar nicht gegen des Schuldners Widerspruch, jedoch ohne dessen Einwilligung die Bürgschaft unternommen hat. Hier kann die Einrede der Competenz u. s. w. dem Bürgen gleichfalls entgegen gesetzt werden. Denn wenn es gleich eine andere Klage ist, als diejenige, wogegen eigentlich die Ausflucht gestattet worden, so kann doch der Bürge nicht behaupten, daß er im rechtlichen Verstande den Nutzen des Schuldners befördert habe, da er mehr bezahlt hat, als wozu der Schuldner im Wege Rechtens gezwungen werden konnte; oder ob endlich 3) der von dem Schuldner selbst bestellte Bürge actione mandati seine Entschädigung verfolge? Hier können dem Schuldner, in Betracht obiger Gründe, ohne Ungerechtigkeit die erwähnten Behelfe nicht gestattet werden, welche ihm als iura singularia nur gegen gewisse Klagen, pro socio etc. zukommen.

hätte. §. 28. cit. L. 4. giebt eine ähnliche Erläuterung der Sache. Daß aber ein Cessionarius, der nur die Forderung seines Cedenten verfolgt, und dieselbe Klage vorbringt, die dieser anzustellen gehabt hätte, nicht auch exceptionem doli ex persona auctoris sollte gelten lassen müssen, wird in dem Gesetze nicht gesagt; wol aber ist das Gegentheil selbst dem §. 27. cit. L. imgleichen L. 7. §. 1. D. *de exceptionib.* L. 5. C. *de heredit. vel act. vend.* und aller rechtlichen Analogie gemäßer, da sonst der Zustand des Schuldners offenbar durch die Cession verschlimmert werden würde. Wernher P. 1. obseru. 338. Leyser Spec. 78. med. 9.

Zehnter Abschnitt.
Ueber den Eid.

§. 118.
Einleitung.

Mit dem Eide haben wir uns hier bloß in Rücksicht auf die Frage zu beschäftigen: Ob Rechtsgeschäfte, welche nach Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig sind, oder doch den völligen gerichtlichen Effect nicht haben, durch eidliche Angelobung aufrecht erhalten und klagbar werden können? Der Eid ward eingeführt, wahre Verbindlichkeiten und die Beobachtung der Gesetze zu sichern, nicht aber die Verletzung derselben vertheidigen, oder gar vervielfältigen zu helfen. Am wenigsten sollte dieser Mißbrauch und Entheiligung des Eides unter Christen Statt finden. Wenn wir aber die Geschichte und Erfahrung zu Rathe ziehen, die Achtung, worin bei den Heiden der Eidschwur gestanden, mit dem leichtsinnigen Spielwerke, welches heutiges Tages in und außer Gerichten damit getrieben wird, vergleichen, die Grundsätze der Römischen Rechtsgelehrten, und die Spitzfindigkeiten christlicher Casuisten, sammt den Lehren des päbstlichen Rechts gegen einander halten, so werden wir nicht umhin können,

zu gestehen, daß der Heide in diesem Puncte den Christen sehr beschäme. Man hat indeß neuerer Zeit über die Abstellung dieser Mißbräuche viel geschrieben, und überhaupt die Sache von den eingeschlichenen Irrthümern zu reinigen gesucht [1]). Vorzüglich

1) Versuch über wichtige Wahrheiten zur Glückseligkeit der Menschen, von einem redlich gesinnten Schweizer, 1768. Diese wolgerathene Schrift ist überhaupt gegen die eingeführten Eidschwüre, sowol bürgerliche als Religionseide, gerichtet. Da aber der Verfasser in Verwerfung der Eide vielleicht zu weit geht, so ist nicht undienlich, folgende Schrift damit zu verbinden: **Johann Balthasar Kölbeln**, beider Rechten Doctor, von der Zulässigkeit der Eide nach den Grundsätzen des neuen Bundes und nach Anleitung des griechischen Textes. Frankfurt am Mayn 1767. Auch gehören hieher: Abhandlung über den Eid, zur Verbesserung der Sitten und Beförderung des Credits, aus dem Englischen übersetzt. Braunschweig 1767. *G. Henr.* **Ayrer** de abusu iuramentorum e republica proscribendo. Goettingae 1741. Sehr lesenswerth ist auch A. F. **Trendelenburgs** Abhandlung über die Mittel gegen die Mißbräuche der Eidschwüre, in den gelehrten Beiträgen zu den Mecklenb. Schwerinschen Nachrichten 1772. Mit der dem gelehrten Verfasser vorzüglich eignen Art der Darstellung wird hier besonders der Begriff des Eides überaus gut entwickelt. Ferner: Ueber die Eide; in den vermischten Abhandlungen über einige Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelahrheit. Istes Stück, Leipz. 1779. **F. W. Oesfeld** über die Eidesleistungen. Berlin 1779. Ueber den Eid in den Ephemeriden der Menschheit. 1783. 9. Stück, p. 270. Ueber die Wirkungen und Misbräuche der Eide. Elbing 1785. **Flavius (Joh. Gottfr. Steinhäuser)** vom Eide. Leipz. 1785. Vorzüglich verdienen auch bemerkt

aber hat der verdienstvolle Malblanc in seiner vortreflichen Abhandlung über den Eid [2]) die Materie auch in Rücksicht auf unsern Gegenstand so erschöpft, daß wir den Leser zu befriedigen hoffen, wenn wir uns auf einige Erläuterungen, deren Nachtrag uns nöthig schien, einschränken, und im übrigen zur weitern Ausfüllung dessen, was wir der Vollständigkeit halber nicht ganz unberührt lassen konnten, uns auf den erwähnten Schriftsteller beziehen werden.

§. 119.

Ueber die Wirkung des Eides bei Rechtsgeschäften, die nach Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig sind, oder doch wenigstens den völligen gerichtlichen Effect nicht haben.

Daß der bloße Eid an sich keine neue Verbindlichkeit hervorbringe, sondern lediglich nur ein accessorisches Mittel sei, die Erfüllung einer wirklich vorhande-

bemerkt zu werden: Einige Gedanken über den Eid, von Garve in dessen Philosophischen Anmerkungen und Abhandlungen zu Cicero's Büchern von den Pflichten. 1792. 4. Theil. p. 195. Aug. von Hoff, über den Ursprung, Begriff, Geschichte des Eides, und die Moralität der jetzt gewöhnlichen Eidesformeln, Berlin 1790. Man sehe auch C. C. Kohlschütter de causis contemti iurisiurandi Viteb. 1792. Ueber den Eid: im Reichsanzeiger 1795. Nro. 2.

2) *Jul. Frid.* Malblanc doctrina de iureiurando. Norimbergae 1781.

handenen Verbindlichkeit zu sichern, daß Handlungen, welche widerrechtlich und unerlaubt sind, durch den Eid nie gerecht werden, daß mithin auf der einen Seite der Eid den Schwörenden nicht binden könne, ein Geschäfte zu erfüllen, oder etwas zu leisten, welches den Gesetzen zuwider ist, und daß auf der andern Seite der vermeinte Gläubiger durch die eidliche Zusage kein Recht erhalte, was die Gesetze ihm an sich gänzlich absprechen; alles dieses sind Sätze, die man nicht bestreiten kann, ohne selbst mit dem Begriffe des Eides in Widerspruch zu gerathen [1]). Ein an sich unverbindliches Versprechen

1) Eidschwüre, schreibt **Moses Mendelsohn** über religiose Macht und Judenthum Seite 70., erzeugen keine neue Pflichten. „Die feierlichste Anrufung Gottes zum „Zeugen der Wahrheit, giebt und nimmt kein Recht, „das nicht ohne dieselbe schon da gewesen; legt dem „Anrufenden auch keine Verbindlichkeit auf, die ihm „nicht auch ohne dieselbe schon obliegt. Sie dienen blos, „das Gewissen der Menschen, wenn es etwa eingeschläfert seyn sollte, aufzuwecken, und auf das aufmerksam „zu machen, was der Wille des Weltrichters schon so „von ihm fordert.“ — Die in den finstern Zeiten des Aberglaubens aufgekommene Lehre, daß der Eid eine neue Verbindlichkeit und zwar gegen Gott hervorbringe, eine Quelle der abscheulichsten Mißbräuche, hat indessen viele Anhänger gefunden, bei denen man mehr Aufklärung hätte vermuthen sollen. z. B. GROTIUS J. B. et P. Lib. 2. cap. 13. §. 14. behauptet, daß ein erzwungener Eid verbindlich sei. Etsi enim, sagt er, personae ius deficiat, *cum Deo tamen negotium*

bleibt daher ein solches, wenn es auch eidlich geschiehet. Da aber in den Fällen, wo die Parteien nicht sowol verbietenden Gesetzen zuwider gehandelt, als vielmehr nur einen Handel geschlossen haben, dem die Gesetze den völligen gerichtlichen Effect nicht gestattet wissen wollen, das wirkliche Dasein einer Verbindlichkeit an sich nicht zu bezweifeln ist, da es ferner bei manchen verbietenden Vorschriften der Gesetze, welche diese oder jene Personen zu ihrem eigenen Beßten von gewissen Rechtsgeschäften ausschließen, vielfältig zutreffen kann, daß nach individuellen Verhältnissen Rechte und Verbindlichkeiten durch den Handel gewirkt werden, obgleich in bürgerlichen Gerichten keine Rücksicht darauf zu nehmen ist (§. 70.), so muß auch in solchen Fällen der Eid unstreitig diejenige Wirkung haben, welche jede eidliche Zusage an sich mit sich führt, das ist, obgleich der Eid keine neue Verbindlichkeit hervorbringt, soll und kann er doch dem Schwörenden die Erfüllung der vorhandenen Pflicht angelegener machen, weil er uns auf die höchsten und tristigsten Bewegungsgründe zur Treue und Redlichkeit zurückführt.

tium est, qua de caussa iuramentum voti nomine nuncupatur. Man sehe dagegen *Gottl. Bened.* Hoffmann de iurisiurandi obligatione accessoria. Lips. 1762. Ayrer de abusu iuram. pag. 49. J. H. Boehmer Jur. Eccles. Protest. Lib. 2. Tit. 24. §. 12. Malblanc de iureiurando. §. 10.

führt. Wenn also das Naturrecht uns belehrt, daß eidliche Zusagen eine vorhandene Verbindlichkeit verstärken, und daß der Meineidige sich zwiefacher Ungerechtigkeit gegen andere schuldig mache, indem er einmal sein Versprechen nicht erfüllt, und hiernächst dem andern ein gerechtes Sicherheitsmittel vereitelt [2]), so gebe ich auch gerne zu, daß dieses alles in dem Falle zutreffe, wenn ein Minderjähriger eidlich angelobt, einen bürgerlich ungültigen Handel, von dem er aber in seinem Gewissen überzeugt ist, daß er ihn halten müsse (§. 70.), zu erfüllen, wenn eine Frauensperson sich mittelst Eides verbürgt, oder ohne Curator eine eidliche Zusage leistet, wenn ein filius familias die Wiederbezahlung einer Geldanleihe mittelst Eides verspricht, u. d. m. Da des Menschen eigenes Gewissen in einzelnen Fällen sein höchster Richter und Gesetzgeber sein muß, so ist es richtig, daß die Verpflichtung einen Eid zu halten, von unserer Ueberzeugung abhange, daß er rechtmäßig: und daß die Erfüllung des Versprechens, welche wir dadurch vergewissern, an und für sich Pflicht sei [3]). Wie stark aber auch immer die Verbindlichkeit einer solchen eidlichen Zusage an sich selbst betrachtet sein mag, so ist und bleibt es doch nun-

2) Hoepfner Naturrecht §. 104. Jakob Philosophische Rechtslehre §. 397.

3) Garve l. c. p. 200.

mehr eine ganz andere Frage: ob und in wie fern sie auch in bürgerlichen Gerichten wirksam sei? das ist, ob wir nach Vorschrift der Gesetze und des äussern Zwangsrechts zureichende Gründe haben, um behaupten zu dürfen, daß die eidliche Zusage einem an sich ungültigen, oder nicht gänzlich wirksamen Handel die völlige Rechtskraft verschaffen könne? wobei sich aber ohne Erinnerung von selbst versteht, daß hier von dem Falle die Rede nicht sei, wenn das eidliche Versprechen in der Folge unter solchen Umständen geschiehet, wo den Rechten nach durch Genehmigung eine vollgültige Verbindlichkeit erwachsen kann. Denn da würde nicht sowol der Eid, als vielmehr die alleinige Ratihabition das Geschäfte klagbar machen. Dieses also zur Zeit noch bei Seite gesetzt, lehrt uns die Natur der Sache, daß der Eid an sich keinen Grund enthalte, weshalb die bürgerliche Sanction in Ansehung des Handels ihre Anwendung verlieren sollte. Denn durch die eidliche Zusage werden ja die Verhältnisse und Ursachen nicht aufgehoben, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber veranlaßt worden ist, den Handel als ungültig zu verwerfen, oder ihm die völlige gerichtliche Wirkung zu versagen. Der Minderjährige, welcher ohne Vormund eidlich contrahirt, ist doch immer ein Minderjähriger, und der Leichtsinn, der ihn zu dem Handel an sich verleitet, kann auch beim Eide obwalten;

walten; eben der Nachtheil, welcher jungen Leuten durch die Geldanleihen, durch das Borgen wider die Creditedicte zugefügt werden kann, ist darum nicht weniger zu befürchten, weil ein verschmitzter Wucherer sich mit einem eidlichen Wechsel zu prospiciren gewußt hat. So lange wir also bei den allgemeinen Gründen des Vernunftrechts stehen bleiben, ist auch die Folgerung über alle Zweifel hinweg, daß der Eid, als solcher, nie ein Rechtsgeschäfte vollgültig machen könne, wenn es sonst nach Vorschrift der Gesetze nicht völlig wirksam ist, obgleich, wenn der Schuldner sein Gewissen zu Rathe ziehet, ihn billig nichts abhalten sollte, seinem Versprechen genau nachzukommen. Die Angelegenheiten unsers Gewissens gehören aber nicht vor das Menschliche forum, und können also den Richter nicht ermächtigen, von der einmal durch Gesetze bestimmten Rechtspflege bloß des Eides wegen eine Abänderung zu machen. Ja die Vernunft belehrt uns noch weiter, daß es sogar ganz verkehrt und zweckwidrig sein würde, wenn der Gesetzgeber einem Jeden frei stellen wollte, seine zum Besten des Staats abzweckenden Vorschriften durch Eidschwüre zu vereiteln. Denn entweder die Gesetze, welche der Eid unanwendlich machen soll, taugen im Grunde nicht, oder sie sind gut, und dem Zweck des Ganzen angemessen. Im ersten Fall sollte man sie abschaffen, oder

wenig-

wenigstens besser modificiren, so wäre es nicht nöthig, den Eid, als ein Mittel gegen Chikanen herbei zu rufen, welche dergleichen Gesetze gleichsam selbst autorisirt haben. — Im zweiten Falle ist es ein offenbarer Unsinn, das Ansehen der Gesetze und ihre Gültigkeit der Willkühr der Parteien Preiß zu geben, und der schändlichste Mißbrauch einer nach Vernunft und Religion überaus heiligen Sache, wenn der Eid dazu angewandt werden darf, um dasjenige, was gute Ordnung aufrecht erhalten soll, wieder rückgängig zu machen, ja es ist unvermeidlich, daß nicht durch diesen Mißbrauch allmälig eine Leichtsinnigkeit gegen den Eid überhaupt einreissen sollte, wobei am Ende der politische Zweck, welchen der Eid befördern soll, aber nicht anders befördern kann, als wenn die Heiligkeit desselben bei den Unterthanen in der höchstmöglichsten Achtung und Ehrfurcht stehet, gänzlich verfehlt, wol aber Statt dessen eine Geringschätzung des Eides, und eine Gleichgültigkeit dagegen veranlaßt wird, welche auf Sittlichkeit und religiöse Denkungsart des Volks überhaupt den nachtheiligsten Einfluß hat.

§. 120.

Fortsetzung.

Was nun solchergestalt aus der Natur der Sache als klare Folge hervorgeht, dazu darf der Richter nicht erst durch positive Vorschriften angewiesen werden,

den, es genügt, wenn ihm nur nicht das Gegentheil in den Civilgesetzen zur Pflicht gemacht worden ist.

Diese Betrachtung kann uns bei Erörterung der Frage: wie sich die Sache eigentlich nach den in Deutschland geltenden positiven Rechten verhalte? nicht nur vieles erleichtern, sondern auch manche Irrthümer vermeiden helfen. Nach Römischen Rechten leidet es durchaus keinen Zweifel, daß Versprechungs-Eide den Geschäften keinen gerichtlichen Effect beilegen können, den diese sonst nicht haben [1]). Um uns aber hievon zu überzeugen, ist schon hinreichend, daß keine bestimmten Vorschriften des Gegentheils vorhanden sind, und daß also die Gesetzgebung es bei dem hat bewenden lassen, was die Grundsätze des Vernunftrechts hierüber bestimmen. Kann man dieß noch überdem durch einzelne Gesetzstellen bestärken: so ist es desto besser; nur sollte man hievon den ganzen Beweiß der Sache nicht allein abhängig machen, und dadurch selbst die Schwierigkeiten veranlassen, welche unvermeidlich sind, wenn etwa sölche Stellen nicht so ganz allgemein lauten, daß man sie als Regeln für alle Fälle anzusehen hätte. Daß z. B. der simple Vertrag (pactum nudum) nach Römischen Rechten durch den Eid nicht klagbar wird, ist eine Sache,

1) Malblanc de iureiurando. §. 79. sequ. *F. G. J.* Burchard de effectu iurisiurandi promissorii praecipue renunciationibus beneficiorum adiecti. Rostochii 1789.

Sache, die an sich ihre Richtigkeit hat, obgleich die besondern Gesetze, woraus Malblanc es beweisen will, ihm eigentlich nicht zu Statten kommen [2]). Geht man aber, wie gesagt, von dem Grundsatze aus, daß unsere Civilgesetze in diesem Stücke keine ausdrückliche Abänderung dessen, was die gesunde Vernunft an sich schon mit sich bringt, enthalten [3]): so kann danächst von dergleichen bestimmtern Vorschriften zur nähern Erläuterung der Sache ein guter Gebrauch gemacht werden. So ausgemacht nun die Sache nach dem Römischen Rechte auch ist, so sehr hat man sich doch in der Folge durch gewisse Grundsätze des päbstlichen Rechts von der rechten Bahn verleiten lassen. Die heiligen Väter hielten es ihren Absichten zuträglich, den Satz, daß durch jeden

2) L. 6. und 7. §. 16. D. *de pactis.* In Ansehung der letztern Stelle ist die Richtigkeit der Lesart von einigen bezweifelt worden. Cuiacius Lib. 1. Obseruat. Cap. 24. erläutert die Worte: *iusiurandum de hoc adactum ne quis agat*, sehr zutreffend, und zeigt überhaupt, daß hier von solchen Handlungen die Rede sei, welche dergestalt den Gesetzen zuwider sind, daß keine Privatdisposition dagegen Statt finden könne, wohin doch das pactum nudum, in dessen Rücksicht Malblanc diese Gesetze als Beweißstellen anführt, gar nicht gehöret.

3) Man hat zwar dergleichen in L. 1. C. *Si aduersus vendit.* antreffen wollen, jedoch ohne Grund, wie Malblanc Seite 330. bündig dargethan hat. Vielleicht kann auch dasjenige, was wir oben §. 72. von der Verbindlichkeit der Minderjährigen überhaupt vorgetragen haben, die Sache noch etwas näher erläutern.

jeden Eid eine besondere Verbindlichkeit gegen Gott erzeugt werde, sammt einer Menge freilich sehr widersinniger Folgen daraus in Gang zu bringen, und dieses hat bekanntlich unendlich viele Verwirrung in der Theorie sowol, als in der Anwendung veranlaßt. Zuvörderst ist durch Vorschub dieser geistlichen Grundsätze die bekannte Constitution des Kaisers **Friedrich** I. (authent. Sacramenta puberum) in das Römische Gesetzbuch eingeflossen, und in der Folge hat man übrigens fast allgemein angenommen, 1) daß das canonische Recht in der Lehre vom Eide dem Römischen durchgängig vorgehe [4]). 2) Daß aber nach Anleitung des geistlichen Rechts zu unterscheiden sei, ob der sonst unwirksame Handel zu den absolut verbotenen gehöre, oder ob die bürgerliche Ungültigkeit nur **zum Besten** des Schwörenden abziele? da denn zwar im Ersten Fall das Geschäfte, des Eides ungeachtet, nicht bestehen, wol aber im Zweiten Falle der Eid die Wirkung haben soll, daß derjenige, welcher ihn geleistet, an sein Versprechen gebunden, und die Gültigkeit desselben zu bestreiten, nicht weiter befugt sei [5]). Es herrschen indeß selbst unter den Rechtsgelehrten, welche im Ganzen das Ansehen des canonischen Rechts in diesem Puncte auch

4) *Just. Henning.* Boehmer in iure ecclesiast. Protestant. Lib. 2. Tit. 24. §. 23.

5) J. A. Hellfeld iurisprud. forens. §. 341. Boehmer c. l. §. 24. sequ.

auch bei den Protestanten nicht bestreiten, dennoch, wenn es auf nähere Anwendung und Bestimmung in den einzelnen Fällen ankommt, so mancherlei verschiedene Meinungen, daß eben dadurch auch der Gerichtsgebrauch sehr ungewiß, und überhaupt die Rechtspflege äußerst schwankend und unsicher geworden ist. Ein ganz natürlicher Anlaß dazu ist unstreitig darin zu setzen, daß die Stellen des päbstlichen Rechts, welche dem ganzen Lehrgebäude zur Grundlage dienen sollen, die Sache nicht allgemein, und bestimmt genug umfassen, welches zwar auf der Einen Seite häufig genutzt wird, um die Lehren des Vernunftrechts gegen den Aberglauben in Schutz zu nehmen, aber auch auf der andern Seite zu allerhand verdrehenden Deutungen Gelegenheit giebt, um die Vernunft unter den heiligen Einfällen des Römischen Bischofs gefangen zu halten. Eigentlich haben wir keine ganz bestimmte Vorschrift des canonischen Rechts, worin jene Distinction unter Geschäften, die absolut verboten, und solchen, die nur zum Privatbesten der Parteien ungültig sind, mit ausdrücklichen Worten als allgemeine Regel vestgesetzt wäre, um darnach die Wirkung des Eides in allen Fällen zu bestimmen. Vielmehr ist in den Stellen, worauf die ganze Lehre gestützt wird [6]), nur von zwei einzelnen Materien, von der sonst ungültigen Veräußerung

6) Cap. 28. X. *de iureiurando.* Cap. 2. *de pactis in* 6to.

ßerung eines Dotal-Grundſtücks, und der, nach Römiſchen Rechten unverbindlichen Entſagung einer künftigen Erbſchaft die Rede. Daß nun die päbſtliche Sanction, wonach dieſe Geſchäfte durch den Eid aufrecht zu erhalten ſind, auch in allen übrigen Fällen, wo der Eid mit den bürgerlichen Geſetzen in Colliſion geräth, gleichfalls zur Norm dienen ſolle, das ſagen die Verordnungen ſelbſt nicht, ſondern nur die Ausleger halten ſich zu dieſer Extenſion, nach Anleitung eines Lehrſatzes berechtigt, den der Pabſt bloß als einen Grund jener ſpeciellen Verordnung anführt, wenn er ſagt: Mulieres ipsae seruare debent huiusmodi iuramenta sine vi et dolo sponte praestita, quum in alterius praeiudicium non redundent, *nec obseruata vergant in dispendium salutis.*

§. 121.

Die Vorſchriften des canoniſchen Rechts haben zu vieler Verwickelung der Sache und zu unendlichen Streitigkeiten der Rechtsgelehrten Anlaß gegeben.

Da nun die Vorſchriften des canoniſchen Rechts, wenn man ſie genauer nachſiehet, noch ſo manches unbeſtimmt laſſen, und hiernächſt auch die im vorigen §. erwähnte Diſtinction, worauf die Ausleger alles zurückführen, in der Anwendung vielen Schwie-

rigkeiten unterworfen ist, so hat es denn freilich wol nicht fehlen können, daß in allen einzelnen hieher gehörigen Materien die Wirkung des Eides noch immer ein Gegenstand juristischer Zänkereien geblieben ist [1]). Von Jesuiten ward einmal behauptet, daß jene Vorschriften des Pabstes gar nicht die Absicht hätten, dem Eide in solchen Fällen eine gerichtliche Wirkung beizulegen, sondern daß sie nur dem Schwörenden eine Gewissenspflicht einschärfen sollten [2]). Dieß nun bei Seite gesetzt, da uns die ganze Fassung der päbstlichen Verordnungen vom Gegentheile überzeugt, verdienen doch diejenigen Folgerungen schon mehrere Aufmerksamkeit, welche man aus dem Grundsatze abge-

1) Ueberhaupt sind hier außer der gründlichen Ausführung des Herrn Prof. **Malblanc**, folgende Schriften zu merken: *Polyc. Mich.* Rechenbach de vi et efficacia iuramenti promissorii et confirmatorii ad ductum Cap. 28. X. de iureiurando. Alt. 1688. *Jac. Frid.* Ludovici de intellectu Brocardici vulgaris, *omne iuramentum seruandum esse, quod salua salute aeterna seruari potest.* Halae 1705. *Jac. Frid.* Kayser de efficacia iurisiurandi in actibus inualidis et illicitis. Giessae 1736. *Joa. Mich.* Rotermund de iuramento actibus inualidis adiecto. Erford. 1737. **Christian Friederich Schorch** von der Ungültigkeit des Eides bei ungültigen Verträgen. Jena 1786. welche letztere Abhandlung sich mehr durch geschichtliche Darstellung der verschiedenen päbstlichen Kunstgriffe in Ansehung des Eides, als durch theoretische Entwickelung der Sache selbst auszeichnet.

2) Man sehe *Just. Henning.* Boehmer J. E. P. Lib. 2. Tit. 24. §. 33.

abgeleitet hat, daß wenigstens bei den erwähnten Stellen des canonischen Rechts die strengste Erklärung eintreten müsse. Vermöge dieses Grundsatzes, welcher überhaupt genommen, allerdings hier anwendlich ist, hat man bei Geschäften, die sonst nicht zu Recht bestehen, dem Eide nur den Effect beilegen wollen, daß dem Schwörenden zwar nicht zu gestatten sei, die Aufhebung des Geschäftes mittelst einer Klage zu verlangen, daß aber, wenn der Handel noch nicht erfüllt sein sollte, der Schwörende bloß des Eides wegen nicht belangt werden könne, um dasjenige zu erfüllen, wozu ihm die bürgerlichen Gesetze sonst nicht gezwungen wissen wollen. Diese Meinung hat angesehene Vertheidiger [3]), aber auch eben so bewährte Gegner gefunden [4]). Bei einer solchen Uneinigkeit grade über diejenigen Vorschriften des canonischen Rechts, welche den Hauptgrund der Entscheidung in allen hieher gehörenden einzelnen Fällen enthalten sollen, ist es nun sehr leicht zu erachten, daß man vollends in ein Labyrinth von Controversen gerathen werde, sobald man sich die Mühe nimmt, etwas näher ins Detail zu gehen, und in den

3) Franzkivs Lib. 2. Resolut. 6. n. 24. sequ. Zoesius Comm. ad Pand. Tit. de iureiurando. n. 86. Lyncker Analect. ad Tit. Dig. de iureiur. th. 21. Setser de iurament. Lib. 2. Cap. 1.

4) Stryck de action. inuestigand. Sect. 1. membr. 3. §. 42. 43. J. H. Boehmer I. E. P. c. 1. §. 37.

besondern Fällen über des Eides Wirkung die Ausleger zu Rathe zu ziehen. Zwar sind fast alle überhaupt darin einig, daß Verträge und Geschäfte, die nicht sowol zum Beßten gewisser Personen ungültig, als vielmehr an sich schon den Rechten nach verboten und unerlaubt sind, keinesweges durch den Eid gültig werden können. Allein dagegen hat es doch Rechtsgelehrte gegeben, welche behauptet haben, 1) daß eine aus verbotenen Spielen herrührende Forderung durch den Eid rechtsbeständig werde [5]), wiederum andere, 2) welche das Versprechen unerlaubter Zinsen verbindlich und wirksam halten, wenn es eidlich geschehen ist [6]). Die Frage: ob und in wie fern 3) ein Minderjähriger sich der Rechte seines Alters bedienen könne, um einen Handel anzufechten, den er eidlich getroffen hat? sollte freilich am wenigsten streitig sein, weil doch darüber in der bekannten auth. *Sacramenta puberum* eine besondere Constitution vorliegt. Man darf aber nur die gelehrte Abhandlung des berühmten **von Quistorp** über diesen Gegenstand zur Hand nehmen, um sich zu überzeugen, wie

5) Mollenbec Thesaur. tit. de Aleatorib. n. 17.

6) *Ernest.* Cothmann Vol. 1. Resp. 18. num. 213. Berlich P. II. Dec. 268. n. 9. Mit Recht wird das Gegentheil gelehrt von Struv *de anatocismo.* th. 27. J. H. Boehmer c. l. §. 26.

wie viel hier noch in der Theorie sowol, als in der Praxis unausgemacht und schwankend sei [7]).

§. 122.

Fortsetzung.

Eben so verhält sich die Sache in den übrigen Fällen, wenn gefragt wird, 4) ob und in wie fern eine sonst ungültige Verlobung durch den Eid verbindlich werde [1])? imgleichen, ob die eidliche Zusage die Wirkung haben könne, daß 5) aus der Geldanleihe solcher Personen, die zur Zeit des Handels der väterlichen Gewalt noch unterworfen waren, eine gültige Klage Statt finde? [2]) 6) Daß lex com-

7) Joh. Christ. Edler von Quistorp von eidlich geschehenen Versprechen und Verzichtleistungen der Minderjährigen. Diese gelehrte Abhandlung meines ehemaligen verdienten Lehrers findet sich in dessen Beiträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 2tem Stück Seite 124. der ersten, und Seite 370. der zweiten Ausgabe. Man sehe auch die Beiträge zur juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten. Siebente Sammlung, Seite 70. Malblanc de iureiurando. §. 118. not. 171. und die gründliche Ausführung des Voet Comment. ad Pandect. Tit. de minoribus, §. 46. sequ.

1) Malblanc c. l. §. 118. worauf ich bei diesem Paragraph überhaupt verweise. *J. F.* Keesius de iurisiurandi Sponsalibus adiecti efficacia. Lips. 1776.

2) Voet Comment. ad Pand. Tit. de S. C. Maced. §. 10. Lauterbach Colleg. theor. pract. Tit. eod. §. 27. Pufendorf Tom. 2. Obs. 171. *Fratr.* Becmann. Consil. et Decis. Tom. 1. Dec. 13. u. a. m.

missoria bei Verpfändungen [1]), imgleichen eine nicht gerichtlich geschehene Schenkung über 500 Soliden

a. m. verneinen dieses mit Recht; wiewol Carpzov Part. 3. Decis. 256. n. 31. und Stryck Cautel. contract. P. 2. Cap. 1. §. 15. das Gegentheil lehren.

3) Daß schon selbst das Cap. 7. X. de pignorib. die eidliche Zusage hier unverbindlich erkläre, wie einige behaupten wollen, I. H. Boehmer I. E. P. Lib. 2. Tit. 24. §. 25. Malblanc c. l., ist bei genauer Prüfung der Rechtsangelegenheit, wovon an gedachter Stelle gehandelt wird, nicht füglich anzunehmen. Der Schuldner hatte sich zwar eidlich verbindlich gemacht, das Pfand binnen einer gewissen Zeit einzulösen, oder es dem Gläubiger gänzlich zu überlassen, aber auch bereits alle Vorkehr zur Einlösung getroffen, und er war seiner Seits gänzlich außer Schuld, daß das Geld nicht zur rechten Zeit in die Hände des Gläubigers kam. Da ihn nun der Pabst aus dieser Ursache von der Erfüllung seines eidlichen Versprechens dispensirt, so erhellt ziemlich klar, daß auf den Fall, wenn der Schuldner solche Gründe nicht vor sich haben sollte, die gedachte päbstliche Verordnung nicht anwendlich sei. Man kann auch nicht immer annehmen, daß lex commissoria einen unerlaubten Wucher in sich schließe; weshalb denn einige in dieser Hinsicht unterscheiden, ob wirklich eine usuraria prauitas unter dem Vertrage verborgen sei, oder nicht; und nur im ersten Falle, jedoch nicht in dem letztern, den Eid unwirksam halten. Erxleben de pignoribus, §. 118.; wiewol andere durchgängig den erwähnten Vertrag, wenn er eidlich geschlossen ist, für gültig erklären. Brunnemann ad L. fin. Cod. de pact. pignor. Schleiermacher de pacto commissorio in pignore, Gissae 1702. §. 20. Das Gegentheil vertheidigt Behmer iur. nou. controu. obseru. 137.

liden [4]), 7) der sonst ungültige Vergleich über künftige Alimente [5]), 8) die Schenkung unter Ehegatten [6]), 9) die Bürgschaft der Frauenspersonen [7]), 10) alle Rechtsgeschäfte derselben, ohne die sonst erforderliche Zuziehung des Geschlechts-Vormundes [8]), dadurch aufrecht erhalten werden können? u. d. m.

4) I. H. Boehmer c. l. §. 31. I. A. Hellfeld iurisprud. forens. §. 1702. halten dafür, daß der Eid den Mangel der gerichtlichen Insinuation ergänze. Das Gegentheil behaupten aber: *Jac. Frid.* Ludovici de genuino intellectu Brocardici vulgaris: *omne iuramentum* etc. §. 12. seq. Ayrer de abusu iuram. §. 40.

5) Boehmer c. l. §. 30. Brunnemann ad L. 8. C. de transact. imgleichen Stryck vs. Mod. Lib. 2. Tit. 15. §. 11. wollen in diesem Falle den Bestand des Vergleichs vertheidigen; der angeführte Ludovici und Ayrer lehren das Gegentheil.

6) *Sam.* Cocceii iur. controu. Tit. de donat. inter vir. et uxor. Quaest. 3. I. H. Boehmer c. l. §. 32. und Lib. IV. Tit. 20. §. 74. finden alsdann diese Schenkung unwiederruflich.

7) Der Gerichtsgebrauch, daß in solchem Falle die Bürgschaft der Frauenspersonen zu Recht bestehe, ist nicht mehr zu bezweifeln. Malblanc l. c. woselbst die vorzüglichsten Schriftsteller, welche diesen Vorwurf bearbeitet haben, angeführet sind. Man sehe aber auch **Oesfeld über die Eidesleistungen**, §. 13.

8) Hommel Rhapsod. Quaest. Obseru. 274. ist der Meinung, daß der Handel durch den Eid gültig werde, wenn dieser körperlich abgeleistet worden, nicht aber, wenn die eidliche Zusage nur schriftlich geschehen wäre.

§. 123.

Nach welchen Grundsätzen müßte eigentlich in protestantischen Gerichten die Sache behandelt werden?

Wenn man die Geschäfte der Minderjährigen, und die Bürgschaft der Frauenspersonen ausnimmt, von denen es nun freilich, theils durch ausdrückliche Gesetze, theils durch einen entschiedenen Gerichtsgebrauch ausgemacht ist, daß der Eid den sonst unwirksamen Handel gültig mache, so stimme ich im übrigen gern der Meinung bei, daß in protestantischen Gerichten keinesweges nach den irrigen Lehren des päbstlichen Rechts, und den noch unrichtigern Folgerungen, welche von Zeit zu Zeit daraus abgeleitet sind, zu verfahren sei. Der Satz, daß das canonische Recht vorzüglich in der Lehre vom Eide dem Römischen vorgehe, gehört bei genauerer Prüfung offenbar unter diejenigen, welche sich zuletzt in bloße Vorurtheile verlieren. Dieß ist von andern bereits so bündig dargethan, daß ich es sicher als erwiesen annehmen darf [1]). Die ganze Summe der päbstlichen Vorschriften, daß der Eid einen bürgerlich ungültigen Handel verbindlich und wirksam machen könne, beruhet auf dem irrigen Grundsatz, daß der Eid eine besondere Verbindlichkeit gegen Gott erzeuge,

1) Malblanc §. 116. sequ.

zeuge, daß also das Haupt der Kirche, und überall die geistlichen Gerichte an Gottes Statt auf die Erfüllung solcher eidlichen Zusagen ohne Rücksicht weltlicher Anordnungen kräftig zu halten, und nur sie das Recht hätten, allenfalls von den besondern Pflichten, die der Eid Jemandem auferlegt, durch die bekannte Relaxation zu dispensiren. Kein vernünftiger protestantischer Rechtsgelehrter wird leugnen, daß das päbstliche Recht in solchen Vorschriften, welche den gereinigten Religionsbegriffen unserer Kirche widerstreiten, bei uns nicht geltend sein könne. Und gleichwol legt man diesem Rechte grade in der Materie einen Vorzug bei, wo alles auf solchen Gründen beruhet, welche unserm Religionssysteme gänzlich zuwider sind. Ja wenn man auch in dieser Hinsicht den canonischen Rechten im Ganzen das gesetzliche Ansehen bei uns nicht versagen wollte, so müßte man doch vor allen Dingen auf den eigentlichen Inhalt der päbstlichen Vorschriften etwas mehr Rücksicht nehmen, und keinen Gebrauch davon machen, ohne zugleich die Regeln genau zu befolgen, welche in der Anwendung positiver Gesetze dieser Art überhaupt zu beobachten sind. Das canonische Recht enthält, wie wir oben schon bemerkt haben, keine einzige allgemeine Verordnung, welche man als eine ausdrückliche Vorschrift für alle Fälle zu betrachten hätte, da es nur in gewissen ein-

zelnen Fällen dem Eide eine Wirkung beilegt, die er sonst nach den Grundsätzen des Vernunftrechts und der Civilgesetze nicht haben würde. Daher ist es ja offenbar widerrechtlich, wenn man gleichwol die singulairen Vorschriften auf solche Fälle extendiren will, deren doch das päbstliche Recht selbst mit keinem Worte erwähnt. Man wende nicht ein, daß der Grund des päbstlichen Rechts bei jenen einzelnen Dispositionen so allgemein laute, daß er auch in den übrigen Fällen anwendlich sei: — quum iuramenta in alterius praeiudicium non redundent, nec obseruata vergant in dispendium salutus aeternae. — Es ist schlimm genug, daß die Ausleger sich erlaubt haben, diesen Satz, welchen der Pabst nur als den Grund seiner auf einzelne Gegenstände gerichteten Vorschriften anführt, ganz willkührlich in die allgemeine Regel umzuschaffen: Omne iuramentum seruandum est, quod salua salute aeterna seruari potest, wie wir es in mehrern Lehrbüchern und Systemen des bürgerlichen Rechts antreffen. Tales irregularitates, sagt Hommel [2]), familiari vitio in regulas conuertunt Jureconsulti. So unrichtig aber dieses ist, so fehlerhaft ist auch der Gebrauch davon in der Anwendung. Daß der Eid den Rechtsgeschäften keine andere Wirkung geben kann,

2) Hommel Rhapsod. quaestion. obseru. 784. n. 9. Derselbe obseru. 511. und 643.

kann, als sie sonst in gesetzlicher Ordnung haben, muß natürlich als Regel des Vernunftrechts in Gerichten so lange gelten, bis klare positive Gesetze das Gegentheil bestimmt haben. Verordnungen, welche dieß letztere in bestimmten einzelnen Fällen verfügen, können aber auch nicht weiter, als auf die besondern Gegenstände, wovon sie handeln, angewandt werden. Die Regel: wo der Grund des Gesetzes eintritt, da gilt auch die Verordnung desselben, ist hier ohne Mißbrauch nicht anzuwenden, sondern in den ausdrücklich nicht genannten Fällen den Vorschriften des Vernunftrechts nachzugehen. (§. 63.) Nichts desto weniger wird immer noch von jenen Verordnungen des Päbstlichen Rechts ein seltsamer Gebrauch gemacht, und dieser ist unter Autorität der bewährtesten Rechtsgelehrten [3]), dergestalt eingerissen, daß die tristigsten Gründe bisher dagegen wenig oder gar nichts haben ausrichten können. Der gewissenhafte **Brunnemann** [4]) hält es sogar nach seinen Begriffen von der Heiligkeit des Eides nicht einmal erlaubt, wenn die gesetzgebende Macht durch

3) I. H. Boehmer I. E. P. c. l. §. 29. C. F. Hommel Obseru. 274. Struben rechtl. Bedenken, Th. 1. Num. 24. Hellfeld iurisprud. forens. §. 341.

4) *Joh.* Brunnemann *Comment. in Codic. Tit. Si aduersus venditionem ibique auth. Sacram. puber. Hartmann* Pistor P. IV. Quaest. 6.

durch zweckdienliche Verordnung dem Mißbrauch abhelfen wollte. Und gleichwol ist dieß das einzige und sicherste Mittel, um die Rechtspflege mit der gesunden Vernunft wieder auszusöhnen.

Die Hollsteinischen Provinzialgesetze haben dergleichen heilsame Vorschrift aufzuweisen, welche überhaupt die Abstellung des überflüssigen und zweckwidrigen Gebrauchs der Eide zum Vorwurfe hat, die aber auch besonders in Rücksicht auf den Gegenstand, wovon hier die Rede ist, zu den wolthätigen Anstalten gehört, deren Bekanntmachung auch den auswärtigen Leser allemal interessirt. Sie lautet wörtlich also: Auf eben die Art nun, als Wir die Eide in den Gerichten, so viel möglich, eingeschränket wissen wollen, soll auch den außergerichtlichen Eiden dahin Ziel und Maaße gesetzet seyn, daß nicht nur bey unzulässigen, in den Gesetzen verbotenen Handlungen und Vereinbarungen, die zu vermeynter Bestärkung derselben hinzugefügte Schrift- oder cörperliche Eide ohne alle rechtliche Kraft und Wirkung, und diejenigen, so dergleichen begehren, oder leisten, dafür einer willkührlichen Strafe unterworfen seyn, sondern auch inskünftige niemand von seinem Schuldner ein eidliches Versprechen, zu der gesetzten Zeit ohnfehlbar Zahlung zu leisten, bey arbitrairer Poen, verlangen, oder annehmen, und der etwanige

wanige Eid, mit welchem andere an sich erlaubte Contracte, Verträge und Verzichte bestätiget werden möchten, keine mehrere oder stärkere Verbindlichkeit, als die Sache, denen Rechten nach, an sich hat, bewirken, mithin auch darauf in der richterlichen Erkenntniß kein Bedacht genommen, sondern wo die bisherigen Gesetze, oder das Herkommen desfals ein anderes mit sich brächten, solches hiemit ausdrücklich aufgehoben seyn soll; um so viel mehr, da die in den Canonischen Rechten dem Eide bey bürgerlichen Geschäften und Handlungen beygelegte Wirkung, einer neuen Verbindlichkeit manchen Mißbrauch nach sich gezogen hat; und an sich auf verworfenen Grundsätzen beruhet. Wie denn insbesondere Unser allergnädigster Wille und Meynung dahin gehet, daß wenn eine Frauensperson ihren weiblichen Vorrechten, oder einer künftigen Erbschaft renunciiret, oder ein Minderjähriger irgend eine verbindliche Handlung, es sey in einem Eheberedungsfalle, oder in andern bürgerlichen Angelegenheiten, eingehet, der hinzukommende Eid die Wirkung einer stärkeren Verbindlichkeit, als die Rechte der Handlung an sich selbst beylegen, ebenfalls nicht haben, mithin als unnütz weiter nicht Statt finden, und dahingegen der Zweck, mit dergleichen privile-

girten

girten Personen gültig und rechtsbeständig zu contrahiren, dadurch erreichet werden solle, daß, wenn eine Frauensperson sich verbürget, oder ihres Erbrechts begiebet, solches vor Gericht, und nach genugsamer Unterrichtung derselben von den Vorrechten und Befugnissen, deren sie sich verzeihet, geschehe, und über diese Handlung ein förmliches Protocoll gehalten werde; desgleichen, wenn ein Minderjähriger contrahiret, solches mit ausdrücklicher Einwilligung seines Vormundes, und in beträchtlichen Fällen, da dieser, seiner Sicherheit halber, ohnehin gerne gedeckt seyn wird, mit Vorwissen und Genehmigung der Obrigkeit, auf ein, nach untersuchter Sache abzufassendes Erlaubnißdecret geschehe. Gleichwie Wir übrigens, in Ansehung der sich verbürgenden, oder ihres Erbrechts sich begebenden adelichen Frauen und Jungfrauen, es bey der Landgerichtsordnung Part. IV. Tit. V. §. 10. 11. in alle Wege bewenden lassen; also wollen und verfügen Wir annoch, daß, wenn jemand, der nicht dazu von Amtswegen befugt ist, sich nach diesem unterfangen sollte, minderjährige Personen, die noch unter Vormündern stehen, in einiger Absicht mit einem Eide zu verbinden, er sowol als der Vormund, von dem

diese

diese eidliche Verpflichtung etwa gestattet würde, desfals willkührlich zu bestrafen sey [5]).

Das allgemeine Gesetzbuch für die Preußischen Staaten verordnet gleichfalls, daß durch eidliche Bestärkung kein Vertrag mehrere Kraft erhält, als ihm die Gesetze schon an sich beilegen [6]).

Eilfter Abschnitt.

Ob und in wie fern Verträge und Rechtsgeschäfte, die an sich nicht völlig wirksam sind, durch das Constitutum und nachherige Genehmigung klagbar werden können?

§. 124.

Einleitung.

Das sogenannte constitutum alienum können wir freilich übergehen, weil in Rücksicht auf dessen Wirkung bei bloß natürlichen Verbindlichkeiten eben das Rech-

5) Allerhöchste Königliche Verordnung wegen Einschränkung des überflüssigen Gebrauchs der Eide, d. d. 11. Dec. 1758. und deren Extension auf den vormals großfürstl. Antheil des Herzogthums Hollstein, d. d. Glückstadt 24. Octob. 1775. §. 14.

6) Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten, Th. 1. Tit. 5. §. 199.

Rechtens ist, was wir von der Bürgschaft bereits vorgetragen haben. Eine Bemerkung über die Sache wird indeß dem Leser nicht mißfallen. Die Lehrbücher pflegen das constitutum debiti alieni von der Bürgschaft nur formaliter dadurch zu unterscheiden, daß diese bei den Römern mittelst der Stipulation, jenes aber nach Art eines bloßen Vertrags eingegangen ward. Auf den Unterschied in der Sache selbst — differentia essentialis — scheint man nicht zu achten, welcher eigentlich darin besteht, daß die Bürgschaft ihrer Natur nach immer eine größere Sicherheit des Gläubigers zum Zweck hat, dahingegen das constitutum sich hierauf wenigstens nicht einschränkt. Vielmehr ist aus allen Gesetzstellen, welche von dieser Art der Intercession handeln, deutlich zu ersehen, daß bei dem constituto eine ganz andere Absicht der Parteien obwaltet. Gesetzt, dem Gläubiger ist es eigentlich um mehrere Sicherheit in Ansehung des Hauptschuldners gar nicht zu thun, wol aber daran gelegen, sich in Ansehung der Zahlungstermine, des Orts der Zahlung, der Münzsorte oder sonst in Ansehung des Objects der Verbindlichkeit, einige Bequemlichkeit zu verschaffen, und ein Anderer als der Hauptschuldner verspricht ihm solches zu leisten. Diese Fälle sind es, welch sich von der Bürgschaft wesentlich unterscheiden, und welche in unsern Gesetzen als eigenthümliche Merkmale des constituti angeführt werden

den [1]). Vom constituto proprio aber gilt bekanntlich die Regel, daß es eine gültige Klage hervorbringt,

1) Daß bei der Bürgschaft allemal wesentlich der Zweck größerer Sicherheit des Gläubigers angenommen werden müsse, zeigt schon der Sprachgebrauch, und mehrere Gesetze geben dieß unterscheidende Merkmal deutlich genug zu erkennen. Pro eo, sagt **Justinian**, pr. I. de *Fideiussorib.* qui promittit, solent alii obligari, qui fideiussores appellantur, quos homines accipere solent, *dum curant ut diligentius sibi cautum sit* —. Was kann auch deutlicher sein, als die Worte Gaii L. 1. §. 8. D. *de obligat. et actionib.* Aut proprio nomine quisquam obligatur, aut alieno. Qui autem alieno nomine obligatur, fideiussor vocatur, et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui *eadem* obligatione teneantur, dum curamus, ut *quod in obligationem deduximus, tutius* nobis debeatur. Derselbe Jurist sagt auch bei einer andern Gelegenheit, L. 1. D. *Qui satisdare cogantur*: Satisdatio eodem modo appellata est, quo satisfactio. Nam ut satisfacere dicimur ei, cuius desiderium implemus, ita satisdare dicimur aduersario, qui pro eo, quod a nobis petiit, ita cauit, ut eum hoc nomine *securum* faciamus datis fideiussoribus. Hiemit vergleiche man nun andere Gesetzstellen, in welchen vom constituto überhaupt und dessen Zwecke die Rede ist. Bei diesem Rechtsgeschäfte findet man durchaus keine Erwähnung der Sicherheit des Gläubigers; wol aber belehrt uns **Ulpian** L. 3. §. 2. D. de *constituta pecunia:* vel propter has pecunias, quae *nondum* peti possunt, constituta sunt inducta etc. und L. 5. pr. D. *ibid.* Eum, qui Ephesi promisit se soluturum, si *constituat*, alio loco se soluturum, teneri constat —. L. 16. §. 1. ibib. Et certo loco et tempore aliquem posse

sobald nur die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Schuld dadurch versichert ist, wenn es auch nur eine natürliche Verbindlichkeit im strengen Verstande des Civilrechts sein sollte [2]). So wenig aber die Rechtsgelehrten darauf bedacht gewesen sind, bei Gelegenheit des Pfandes und der Bürgschaft den allgemeinen Satz, daß solche auch in Ansehung bloß natürlicher Hauptverbindlichkeiten für gültig zu achten, etwas genauer in Rücksicht auf die besondern Verhältnisse zu berichtigen, eben so wenig hat man sich auch bei dem gegenwärtigen Gegenstande es angelegen sein lassen, diese Lücke im Systeme des bürgerlichen Rechts durch eine etwas genauere Erörterung der Sache gehörig auszufüllen [3]).

§. 125.

posse constituere; auch Paullus, L. 4. *eod.* Si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur. Alles dieses hat weiter ausgeführt: *Jo. Christ.* Koch Diss. de constituto debiti alieni, eiusque a fideiussione discrimine. Kilon. Holsat. 1777. Ueberhaupt hat der Verfasser dieser überaus wol geschriebenen Abhandlung, jetziger Oberappellations-Rath beim hohen Tribunal zu Wismar, die wahren Begriffe der Intercession und ihrer verschiedenen Arten so gelehrt und zutreffend entwickelt, daß ich solches mit völliger Ueberzeugung der Aufmerksamkeit des Lesers empfehlen darf.

2) L. 1. §. 7. D. *de constituta pecunia.*

3) *Henn.* Rennemann *de constituto obligatorio* in dessen *Iurisprud. Rom. Germ. membr.* 3. *n.* 23. *Andr.* Mylius *de constituto obligatorio.* Lips. 1682.

Ioa.

§. 125.

Entwickelung und richtige Bestimmung der Begriffe.

Wenn ich heute etwas zusage, was ich schon ehedem versprochen hatte, so ist das noch kein Constitutum, sondern dieß erfordert nach richtigen Begriffen, daß die wiederholte Zusage wirklich **in Beziehung auf das vorhergehende Versprechen**, und die daraus entstandene Schuld geschehen, und eigentlich **die Erfüllung einer anerkannten Verbindlichkeit** versichert sein müsse. Durch diese Bestimmung ist das Constitutum und pactum geminatum zu unterscheiden [1]), welches letztere nach Römischen Rechten immer nur die eingeschränkte Wirkung bloßer Verträge behauptet [2]), dahingegen durch das erstere,

Ioa. Böschen *de constituto.* Argentor. 1641. *August.* Beckstein de constituta pecunia. Lips. 1740. *Ioa. Casp.* Brendel *de constituto conuentionali.* Wittenb. 1694.

1) Zoesius Comment. ad Pandect. Tit. de Pactis n. 59. et Tit. de Constit. pecun. n. 6. in den Worten: constitutum continet *relationem ad prius debitum*, quae facit cessare leuitatem promissionis; nec satis est debitum subesse, aut *iterari* promissionem, sed *debiti mentio facienda*, cum forma huius obligationis sit, *ut pro debito* fiat, alias a *pacto* non distingueretur *geminato*, quod nullam dat actionem.

2) Mylius de constituto. Posit. 4. Schulting de obligatione natur. Cap. 5. I. H. Boehmer de action. Sect. 2. Cap. 7. §. 20.

stere, die natürliche Verbindlichkeit aus einem pacto nudo klagbar wird. Das Constitutum schließt allemal eine Genehmigung in sich; das Eigenthümliche und Unterscheidende desselben besteht aber darin, daß es eigentlich eine schon vorhandene Verbindlichkeit voraussetzt [3]), dahingegen die Genehmigung — ratihabitio — überhaupt auch bei Vorfällen wirksam sein kann, die sonst ganz unverbindlich waren. Es ist also darum, weil etwa in diesem oder jenem Falle das eigentliche Constitutum nicht Statt findet, folglich auch nicht wirksam sein kann, dem Geschäfte noch nicht alle Wirkung abzusprechen, sondern erst zu untersuchen, ob nicht sonst die nachherige Genehmigung überhaupt den Handel aufrecht zu erhalten vermag.

§. 126.

Wirkung im Wege Rechtens.

Diese Betrachtung wird uns in den Stand setzen, zuvörderst die Frage den Rechten gemäß zu entscheiden: ob und in wie fern eine Nichtschuld in der Folge durch das Zahlungsversprechen zu einer klagbaren Verbindlichkeit übergehen könne? Sollte die nachherige

3) *Ant.* Perez Prael. in Codic. Lib. 4. Tit. 18. n. 4. Mylius c. l. Posit. 8. Brendel de Constituto conuentionali §. 11. Si quidem omne constitutum ad firmandum debitum accedit; Prius ergo existat, quam ut confirmationi locus sit.

rige Zusage durch Unwissenheit und Irrthum veranlaßt sein: so versteht es sich freilich von selbst, daß sie dem andern kein Recht geben könne [1]). Wie aber, wenn ich etwas zu zahlen verspreche, wovon ich weiß, daß ich es nicht schuldig bin [2]). **Böhmer** sagt: de iure romano debitum verum antecedere debebat, alioquin constitutum valere non poterat, adeo ut inde concludant, debitorem non teneri, si vel maxime *scienter* indebitum constituat. Verum licet hoc *per modum constituti* non valeat, non dubium tamen, quin per modum *pacti simplicis* hodie valere possit [3]). So viel ist nun gewiß, daß in solchem Falle das Zahlungsversprechen als ein Constitutum in keinem Betracht gelten könne [4]); aber es kommt darauf an, ob es nicht sonst als eine gültige Genehmigung zu Recht bestehe, oder als Schenkung, wohin das wissentliche Versprechen einer Nichtschuld unstreitig ge-

1) Argum. Leg. ult. D. *de Senat. Cons. Maced.* Voet ad Pand. XIII. V. 9.

2) Ueber die Bestimmung dieser Frage nach Römischen Rechten sind unsere Civilisten sehr uneins, wie zu ersehen beim Voet Comm. ad Pandect. Tit. de const. pecun. §. 5. 7. 9. Zoesius Tit. eod. §. 10. Mylius cit. loco. Posit. 8. Beckstein de constit. n. 55.

3) I. H. Boehmer de actionib. Sect. 2. Cap. 7. §. 21.

4) Quia constitutum firmat tantum, firmari autem nequit, quod non est. Zoesius c. l. §. 5. Voet c. l. §. 9.

hört [5]). Und da muß man allerdings nach den ältern Römischen Rechten zugeben, daß die erwähnte Verwillkührung nur sodann klagbar sei, wenn sie in eine förmliche Stipulation eingekleidet worden [6]), weil ohne diese alles auf einen bloßen Vertrag, welcher bekanntlich keine Klage hervorbringt, hinausgehen würde, und weil auch die Schenkung bekanntlich nach den Grundsätzen des ältern Rechts nicht zu den klagbaren Verträgen gehört. Ob es aber auch den neuen Vorschriften des Römischen Rechts gemäß sei, die Anerkennung einer Nichtschuld nach dieser Strenge zu behandeln? dürfte schwerlich zu bejahen sein, indem einestheils ausdrückliche Verordnungen in mehr als Einem Falle, ohne der Stipulation zu gedenken, die bloße Genehmigung für hinreichend erklären, um das Unverbindliche verbindlich und klagbar zu machen

5) Voet ibid. §. 7. Ratione eius quod principale debitum excedit, non alia quam donationis coniectura capi potest. Lib. II. §. 1. D. de constit. pecun. L. 53. D. de Reg. Iur. L. 47. D. de Oper. libert.

6) L. 21. D. *de Verb. Obl.* Si diuortio facto ea, quae nihil in dote habeat, dotis nomine centum dari stipuletur, vel quae centum tantum habeat, ducenta dotis nomine dari *stipuletur*; Proculus ait: Si ducenta stipuletur, quae centum habeat, sine dubio centum quidem in obligationem venire, alia autem centum actione de dote deberi. Dicendum itaque est, etiamsi nihil sit in dote, centum tamen venire in stipulatione. cf. Franzk. Comment. ad Pandect. Lib. 13. Tit. 5. §. 14.

chen [7]), und anderntheils nach bekannten Vorschriften des Kaisers Justinian, eine jede Schenkung, welche die gesetzliche Summe nicht übersteigt, dergestalt im Wege Rechtens bestehet, daß der bloße Vertrag ohne Stipulation eine gültige Klage hervorbringt. Es ist aber gar nicht abzusehen, warum dieses auch nicht wider denjenigen anzuwenden sei, welcher wissentlich eine Zahlung, die ihm nicht oblag, versprochen hat [8]). Nach Deutschen Rechten hat die Sache freilich gar kein Bedenken [9]).

§. 127.

Fortsetzung.

Um nun von den bisher vorgetragenen Grundsätzen auf den Gegenstand dieser Schrift eine nähere Anwendung zu machen, ist zu untersuchen, in wie fern das wiederholte Zahlungsversprechen, oder die sonstige Genehmigung eines bisher nicht vollgültigen Handels wirksam sein könne?

a) Bei Geschäften, welche wider die Vorschrift

7) L. 16. §. 1. C. *de testament.* L. 23. C. *de fideicomm.* L. ult. C. *ad Leg. Falc.* Voet Comment. ad Pand. Tit. de constit. pecun. §. 5. Schulting de obl. natur. C. 12.

8) Diesem pflichten bei: Bachov ad Treutler. Vol. 1. Disp. 23. th. 9. et Tract. de actionib. Disp. 8. §. 3. Voet c. l. §. 7. Das Gegentheil behaupten: Zoesius l. c. §. 10. Mylius l. c. pos. 8. Beckstein c. l. n. 55.

9) Stryck V. M. Tit. de const. pec. §. 3.

gebietender oder verbietender Gesetze eingegangen, und eben darum ganz ungültig sind;

b) Bei solchen Geschäften, die zwar nicht ganz unverbindlich, nur aber im Wege Rechtens nicht völlig wirksam sind.

Das Erstere betreffend, sieht ein Jeder, daß das eigentliche Constitutum bei solchen Geschäften nicht Statt findet, welche nach Vorschrift der Gesetze ganz ungültig sind [1]), und die wenigstens in Gerichten nicht anders behandelt werden, als ob gar keine, mithin auch keine natürliche Verbindlichkeit daraus entstanden ist. Dahin gehören die Fälle, welche im vierten Abschnitte der Reihe nach angeführt sind; wenn gleich in einigen derselben nach individuellen Verhältnissen eine natürliche Verbindlichkeit an sich vorhanden sein kann, worauf aber das äußere Forum keine Rücksicht nimmt. Von dergleichen Gewissenspflichten kann daher die Rede nicht sein, wenn die Gesetze bestimmen, daß das Constitutum auch wegen einer bloß natürlichen Obliegenheit gültig sein solle [2]). Damit ist nun freilich noch nicht gesagt, daß eo ipso auch alle Wirkung einer in der Folge freiwillig geschehe-

1) Mylius c. l. Posit. 8. Böschen l. c. §. 21.

2) Franzk. Comment. ad Pand. Tit. de constituta pecunia. n. 16. in den Worten: Illud debitum, quod in nuda honestate subsistit, huc non pertinet; nam dum illud effectum ciuilem habeat nullum, per constitutum quoque in aliquo firmari non potest.

schehenen Genehmigung überhaupt wegfallen sollte; nur versteht es sich von selbst, daß diese von solchen Personen nicht gültig geschehen kann, welche nicht befugt, vielmehr nach Vorschrift der Gesetze entweder ganz unfähig sind, über das Ihrige nach Willkühr zu disponiren, und sich verbindlich zu machen, oder doch wenigstens das Geschäfte, dessen Erfüllung durch die Ratihabition bezielt wird? nicht eingehen dürfen. So lange also dieß persönliche Verhältniß, womit die Unfähigkeit sich verbindlich zu machen verknüpft ist, fortdauret, und bürgerliche Gesetze nicht besondere Ausnahmen gemacht haben [3]), kann auch die wiederholte Verwillkührung einer solchen Person den einmal ungültigen Handel nicht gültig machen [4]). Hört aber jenes Verhältniß auf: so können **die wegen der ehemaligen persönlichen Unfähigkeit unverbindlichen Rechtsgeschäfte** durch nachherige Genehmigung allerdings verbindlich werden. Die Anwendung hievon auf Minderjährige, Verschwender, u. d. m. ist leicht gemacht. Alles dieses ist inzwischen nur in den Fällen zu behaupten, wo die Ungültigkeit eines Geschäftes lediglich darin ihren Grund hat, weil gewisse Personen durch Civilgesetze davon ausgeschlossen waren. Ganz anders verhält sich die

3) L. 22. C. *de Senat. Cons. Velleian.*

4) Mylius cit. loc. posit. 6.

Sache, wenn von einem Handel die Rede ist, welcher an sich selbst betrachtet, ohne Rücksicht auf persönliches Verhältniß der Contrahenten den Gesetzen zuwider ist. Hier muß man behaupten, daß der Regel nach keine wiederholte Zusage oder Genehmigung Jemandem ein Recht geben kann, auf die Erfüllung eines an sich unerlaubten Handels zu dringen. Es ist daher evident, daß in Ansehung verbotener Spielschulden, unerlaubten Wuchers, und ähnlicher Gegenstände, welche der angeführte vierte Abschnitt enthält, nicht nur das eigentliche Constitutum [5]), sondern jede freiwillige Anerkennung dennoch ganz unverbindlich ist, weil die Gesetze in solchen Fällen dem Gläubiger durchaus alles Recht absprechen, und das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenschaft behält, daß es den Rechten und verbietenden Gesetzen zuwider ist [6]).

Andere Grundsätze treten natürlich zweitens bei solchen Geschäften ein, welche keinesweges gegen verbie-

5) Nihil quidem interest, an debeatur ex obligatione mixta, an naturali tantum; *modo haec non sit iure ciuili reprobata.* Mylius Posit. 8. Böschen §. 21.

6) Welche Anerkennung einer Verbindlichkeit kann stärker sein, als wenn der Schuldner sogar die wirkliche Zahlung leistet, und gleichwol erlauben ihm die Gesetze, solche wieder zurückzufordern, wenn ein verbotener Wucher, oder ein unerlaubtes Spiel dabei zum Grunde liegt.

bietende Gesetze angehen, nicht durchaus ungültig sind, sondern nur den völligen gerichtlichen Effect nicht haben, obgleich sonst die bürgerlichen Gerichte selbst eine natürliche Verbindlichkeit daraus anerkennen. Die Gesetze verordnen in dieser Hinsicht ausdrücklich, daß eine solche Verbindlichkeit durch das wiederholte Zahlungsversprechen klagbar werden soll [7]). Der Grund dieser bürgerlichen Anordnung ist unstreitig darin zu setzen, weil a) in den Fällen, wo besorglicher Leichtsinn der Parteien die Einschränkung des gerichtlichen Effects veranlaßt hat, durch das nachherige Constitutum die Ursache dieser Unwirksamkeit wegfällt. Hieraus ergiebt sich, warum die Verbindlichkeit aus einem pacto nudo durch dergleichen wiederholtes Versprechen klagbar wird; b) weil doch auch in den übrigen Fällen, welche hieher gehören, dem Gläubiger nicht alles Recht an sich versagt ist, sondern nur dem Schuldner wider die gerichtliche Verfolgung gedachter Rechte gewisse Ausflüchte gestattet sind. Wenn also der Schuldner diesen Ausflüchten in der Folge entsagt, und durch eigene Verwillkührung dem Gläubiger ein vollgültiges Recht zugestehet, so kann dieß bei Dingen die an sich unverboten sind, nicht füglich ohne Wirkung sein. So z. B. findet zwar nach vollendeter Verjährung gegen den Schuldner keine Klage

7) L. 1. §. 7. D. *de constit. pecun.*

Klage Statt; wenn er aber doch selbst die Bezahlung verspricht, so wird durch diese Anerkennung das erloschene Recht zu klagen allerdings wieder hergestellet [8]).

Inzwischen haben die Gesetze in einigen Fällen, wovon hier die Rede ist, den Rechtsgeschäften nur nach besondern persönlichen Verhältnissen des Schuldners den völligen gerichtlichen Effect versagt, dergestalt, daß gewisse rechtliche Handlungen, welche Jemand in diesem Zustande vornimmt, im Wege Rechtens nicht vollgültig sind. In diesen Fällen muß die wiederholte Zusage in der Folge zu einer Zeit geschehen, da das erwähnte Verhältniß des Schuldners und die damit verknüpften Hindernisse der gerichtlichen Vollgültigkeit bereits aufgehört hatten, weil ja sonst dem wiederholten Versprechen eben das entgegen steht, was gleich anfangs den Handel unwirksam macht. Solchergestalt kann derjenige, welcher als filius familias Geld aufborgt, nur dann erst, wenn die väterliche Gewalt aufgehört hat, durch wiederholte Verwillkührung mit völliger Rechtskraft sich verbindlich machen [9]); und eben dieß gilt daher auch von den Schulden der Studirenden und Soldaten, welche sonst nach Vorschrift des Creditedicts nicht klag-

8) Franzk. d. l. n. 15. verglichen Hymmen Beiträge zur jur. Litteratur in den Preuß. Staaten I. 17.

9) Zoesius Tit. de Senat. Cons. Maced. n. 24.

klagbar sind. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die nachherige Genehmigung, wenn derselben im Ganzen kein gerechtes Hinderniß mehr entgegen ist, nicht allein ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen geschehen kann, welche die Absicht des Schuldners deutlich an den Tag legen, wohin vorzüglich gehört, wenn er eine abschlägliche Zahlung leistet [10]), wenn er einen Bürgen bestellt, oder Pfand giebt [11]). Offenbar liegt es aber in der Natur der Sache, daß auch die Wirkung dieser stillschweigenden Ratihabition, wenn der Gläubiger eine rechtmäßige Klage daraus ableiten will, allemal nach eben den Grundsätzen zu bestimmen ist, welche von der Gültigkeit solcher nachherigen Anerkennung überhaupt gelten, weshalb z. B. die, noch während der

10) L. 7. §. 16. D. *de Senat. Cons. Maced.* *Carl. Fridr.* Walch V. C. introduct. in controuers. iur. ciuil. Sect. 1. Cap. 2. Memb. 2. §. 14. ed. 3. §. 16.

11) Es ist sonderbar genug, daß nach der Meinung des Ulpian L. 9. pr. D. eod. der Schuldner, welcher Pfand giebt, nicht weiter haften soll, als, so weit das Pfand zureicht, da doch diese Handlung eben so gut eine Anerkennung der Zahlungsverbindlichkeit in Ansehung der ganzen Schuld enthält, als der Rechtsgelehrte solche bei der abschläglichen Bezahlung an der kurz zuvor angeführten Stelle selbst einräumt. Noch sonderbarer ist es, wenn die Ausleger wirklich einen reellen Unterschied beider Gegenstände in Hinsicht der Wirkung, wovon hier die Rede ist, antreffen wollen. Man sehe jedoch Gmelin und Elsässer gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle, IV. Band, N. 1.

der väterlichen Gewalt des Schuldners geleistete Bezahlung eines Theils der Schuld, den Gläubiger keinesweges berechtigt, auf den Rest zu klagen.

Zwölfter Abschnitt.

Von

Aufhörung der natürlichen Verbindlichkeit.

---

§. 128.

Einige Bemerkungen über die verschiedenen Arten, eine Verbindlichkeit aufzuheben, in Rücksicht auf natürliche Verbindlichkeiten im strengen Verstande des Civilrechts.

Die vorzüglichsten Fragen, welche den Gegenstand dieses Abschnitts betreffen, sind, der Ordnung wegen, bereits im Vorhergehenden abgehandelt worden, ob und in wie fern nämlich die natürliche Verbindlichkeit an sich aufhöre, wenn den Ansprüchen des Gläubigers die Verjährung entgegen steht, wenn der Schuldner durch ungerechten richterlichen Ausspruch rechtskräftig losgesprochen, wenn wegen unerlaubter Selbsthülfe das bekannte edictum D. Marci zur Anwendung gebracht, und überhaupt, wenn einer an sich vollgültigen Verbindlichkeit in der Folge nach Vorschrift des Civilrechts die fernere völlige

Wir-

Wirkung aus Gründen versagt wird, welche sonst nach natürlichen Rechten keine Aufhebung der Verbindlichkeit hervorbringen würden. Da es im 6ten Abschnitte darauf ankam, das gerichtliche Verhältniß in gedachten Fällen genau zu bestimmen, und besonders auch die Frage: ob die geleistete Zahlung als eine Nichtschuld zurückgefordert werden könne? aus dem wahren Gesichtspunkte zu erörtern, so war es unumgänglich nothwendig, dort vor allen Dingen den Punkt in Richtigkeit zu setzen: ob überhaupt bei solcher bürgerlichen Anordnung die Fortdauer der Verbindlichkeit an sich anzunehmen oder zu verwerfen sei? Indem wir also den Leser in diesem Betrachte auf jene Ausführung verweisen, haben wir jetzt nur noch von den gemeinen Arten, eine bisherige Verbindlichkeit aufzuheben, bloß das Eigenthümliche und Unterscheidende zu bemerken, was etwa in dieser Hinsicht bei den Fällen obwaltet, wo zwar natürliche Verbindlichkeit an sich vorhanden ist, jedoch die völlige Wirksamkeit derselben in bürgerlichen Gerichten nicht Statt findet. Denn wie überhaupt eine jede, mithin auch die natürliche Verbindlichkeit, 1) durch Zahlung, 2) durch die Compensation, 3) durch gesetzliches oder obrigkeitliches Verbot der Erfüllung [1]), 4) durch des Gläubigers Verzichtleistung, 5) durch die Confusion, 6) durch Untergang des spe-

1) Leyser Spec. 190. med. 2. seq.

speciellen Objects, 7) durch den deferirten und abgeleisteten Eid, aufgehoben werde, und welche Grundsätze bei diesen Gegenständen überhaupt eintreten, darf ich hier nicht entwickeln. Die Lehrbücher des Natur- und bürgerlichen Rechts ergeben das schon vollständig genug [2]). Daß auch im Ganzen eben diese Tilgungsarten bei der bloß natürlichen Verbindlichkeit im strengen Verstande des Civilrechts Statt finden, ist keinem Zweifel unterworfen [3]). Vorausgesetzt nun, daß eine wirkliche Verbindlichkeit an sich vorhanden war, und der Handel nicht zu denen gehörte, die wenigstens im Wege Rechtens als unverbindlich betrachtet werden, so ist freilich der Gläubiger allewege berechtigt, die geleistete Zahlung einer sonst nicht klagbaren Schuld einzubehalten, und condictio indebiti findet dagegen nicht Statt. Soll aber die Bezahlung diesen Effect haben, so muß sie unstreitig 1) von Personen geschehen sein, die im Ganzen befugt waren, dergleichen Disposition über das Ihrige vorzunehmen. An sich ist dieß freilich zur Gültigkeit einer jeden Zahlung, auch bei den vollgültig-

2) Statt aller übrigen dient *Dan.* NETTELBLADT V. C. systema elementare iurisprud. commun. gener. Lib. I. Sect. IV. Cap. 2. §. 303. sequ.

3) Man sehe zum Ueberfluß *Hugo* DONELL Comment. iur. ciuil. Lib. 12. Cap. 2. p. m. 11. *Ant.* SCHULTING de obligatione naturali, Cap. ult. J. A. FROMMANN de obligatione naturali, §. 63. und 75.

gültigsten Verbindlichkeiten erforderlich. Die von einem Pupillen oder Minderjährigen ohne vormundschaftlichen Consens bezahlten Gelder können auch in dem Falle einer rechtmäßigen Schuld vindicirt werden [4]). Allein die Wirkung ist doch hier in manchem Betrachte sehr verschieden, je nachdem bei solcher unbefugten Zahlung eine vollgültige und klagbare, oder eine, in Ansehung gerichtlicher Wirkung eingeschränkte natürliche Verbindlichkeit zum Grunde liegt. Denn im ersten Falle findet gegen den Gläubiger, wenn er die Gelder bereits consumirt hat [5]), bloß darum, weil die Bezahlung unbefugter Weise geschehen ist, noch keine Zurückforderung Statt [6]); indem er sich dagegen mit der Einrede doli generalis schützen kann. Dolo enim facit qui petit, quod redditurus est. L. 8. D. *de doli mali et metus except.* Dieses findet aber im zweiten Falle bei Verbindlichkeiten, die nicht klagbar sind, keine Anwendung. Denn hier giebt die Zahlung, als Zah-

4) L. 14. §. 8. D. de solution. §. 3. I. Quib. alien. lic. vel non, L. 9. §. 2. D. de auct. et consensu tutor.

5) Cit. L. 14. §. 8. D. *de Solut.* Ueber die Frage: Wann die Gelder als consumirt anzusehen sind? verdient Vinnius Comment. ad Instit. Lib. 2. Tit. 8. §. 2. n. 2. pag. 270. nachgelesen zu werden.

6) Cit. L. L. *Joh.* Voet Comment. ad Pandect. Tit. de solutionibus, §. 1. Hellfeld iurisprud. forens. §. 1932. fin.

lung betrachtet, dem Gläubiger kein Recht das Empfangene einzubehalten, weil sie ohne rechtliche Befugniß geschehen ist, im übrigen aber kommt die angeführte L. 8. dem nicht zu Hülfe der gar kein Recht zu klagen hatte, mithin kann der Gläubiger sich nicht entziehen, das Empfangene wieder herauszugeben [7]). 2) Wer zum rechtlichen Betrieb seiner Angelegenheiten, auch zur Berichtigung seiner Schulden überhaupt, einen Bevollmächtigten bestellt, muß freilich den in seinem Nahmen geschehenen Abtrag **vollgültiger Schulden** genehmigen. Wie aber, wenn dieser Mandatarius, ohne ganz speciellen Auftrag, Pöste bezahlt, derentwegen zwar eine natürliche Verbindlichkeit des Principals, aber keine Klage wider diesen Statt fand? Hier ist nach dem Ausspruche **Papinians** [8]), die Zurück-

7) So lehrt auch der angeführte Voet Tit. de minorib. §. 21.

8) L. 94. §. 3. D. *de solution.* in den Worten: Quum Titius Gaio Seio deberet ex causa fideicommissi certam quantitatem et tantumdem eidem ex alia causa, quae peti quidem non poterat, ex solutione autem petitionem (repetitionem) non praestat. Titii seruus actor absente domino soluit eam summam, quae efficeret ad quantitatem unius debiti. Quaero id quod solutum est, in quam causam acceptum videtur —? Respondi quum — seruus Titii actor absente domino pecuniam soluerit ne dominium quidem nummorum *in eam speciem obligationis, quae habuit auxilium exceptionis*, translatum

Zurückforderung des Gezahlten ohne Bedenken zulässig. 3) Wenn ein Gläubiger mehrere Forderungen an einen Schuldner hat, einige darunter aber im Wege Rechtens nicht völlig wirksam sind, sondern zu den eingeschränkten natürlichen Verbindlichkeiten gehören, und der Schuldner Etwas bezahlt, ohne zu bestimmen, wohin er es gerechnet haben wolle, hat man allemal im Zweifel anzunehmen, daß klagbare Pöste damit getilgt sind, und der Gläubiger ist nicht befugt, den Empfang zuvörderst auf bloß natürliche Verbindlichkeiten im strengen Verstande des Civilrechts abzurechnen [9]). Ge-

tum foret; *si ex ea causa solutio facta proponeretur;* (wenn auch der Geschäftsträger ausdrücklich erklärt hätte, daß es auf die nicht völlig wirksame Schuld gerechnet seyn solle) — quia non est vero simile dominum ad eam speciem soluendis, pecuniis seruum praeposuisse, quae solui non debuerunt. Man sehe auch VOET ad D. Tit. de Solution. §. 1.

9) Nach klarer Vorschrift in cit. L. 94. D. *de solution.*, wo die Worte Papinians ferner dahin lauten: Si quidem Titio Seius ita cauisset, ut sibi solutum ex uniuerso credito significaret, crediti appellatio solum fideicommissi pecuniam demonstrare videtur, *non eam, quae petitionem quidem non habet, solutione autem facta repeti non potest.* Verglichen mit L. 1. 2. 3. D. eod., welche zwar der Regel nach, wenn der Schuldner bei der Zahlung hierüber nichts bestimmt hat, dem Gläubiger überlassen: cui potius debito acceptum ferat; jedoch mit dem ausdrücklichen Zusatze: *dummodo in id constituat solutum, in quod ipse,*

setzt aber, daß ein solcher Gläubiger gewisse Gegenforderungen des Schuldners in Abrechnung zu bringen hätte, und daher die Frage entstünde, wie es mit der Compensation in Betracht jener verschiedenen Schuldpöste zu halten sei? Hier ist dasjenige, was von der unbestimmt geschehenen Zahlung geordnet ist, nicht anwendlich, weil es dort vorzüglich von der Bestimmung des Schuldners abhieng, welche Forderung er eigentlich getilgt haben wollte, mithin auch die vermuthliche Absicht des Schuldners dabei vorzüglich in Betrachtung kommen mußte [10]), welches alles aber, wie die Natur der Sache ergiebt, bei der Compensation ganz außer Rücksicht ist. Es möchte aber auch scheinen, daß es eben so wenig von der Willkühr des Gläubigers abhänge, unter mehrern Forderungen, welche ihm zustehen, grade diejenigen auszuheben, derentwegen er sonst nicht klagen konnte, um darauf den Effect der Compensation allein zu Beschränken, sondern daß vielmehr die Gegenforderung des Schuldners die ganze Summe der verschiedenen Pöste, womit er dem Gläubiger verhaftet ist, und welche an sich zur Compensation sich qualificiren, dergestalt ergreife, daß

ipse, si deberet, esset soluturus, — weshalb auch Voet c. l. §. 16. mit Recht hinzufügt: *adeoque non id quod naturaliter tantum debitum est.*

10) Est enim in arbitrio soluentis dicere, quod potius debitum voluerit solutum. L. 1. D. *de solution.*

daß alle dadurch pro rata gemindert würden. Ausdrückliche Gesetze entscheiden die Sache nicht. Es hat aber die Meinung **Pufendorfs** [11]), daß in diesem Falle der Gläubiger befugt sei, die Gegenforderung des Schuldners zuvörderst auf dessen bloß natürliche Verbindlichkeit abzurechnen, ein starkes Gewicht der Analogie. Denn da die Rechte dem Pfandgläubiger ausdrücklich gestatten, daß er mit den durch Verkauf des Pfandes gelöseten Geldern, sich zuerst wegen der bloß natürlichen Verbindlichkeit des Schuldners bezahlt machen könne [12]): so ist die Folge, welche **Averanius** daraus herleitet, sehr richtig: quod soluit *debitor* cedit in grauiorem causam; quod sibi ipsi soluit *creditor* in leuiorem [13]). Und hierauf stützt der angeführte **Pufendorf** seine Lehre, welche dahin geht: quoniam in compensatione creditor retento eo, quod debet, sibi ipsi soluit, puto creditoris, non debitoris voluntatem inspici debere, ut solutio in leuiorem causam facta videatur. 4) Von der besondern Tilgungsart einer Verbindlichkeit, welche

11) F. E. Pufendorf obseruat. iur. uniu. Tom. 2. obs. 175.

12) L. 101. §. 1. D. *de solution.* Paullus respondit: aliam causam esse debitoris soluentis, aliam creditoris pignus distrahentis. Nam quum debitor soluit pecuniam, in potestate eius esse, commemorare, in quam causam solueret, quum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti posse etc. verglichen mit L. 73. eod.

13) Averanius Lib. V. interpret. Cap. 32. n. 1.

che dadurch geschieht, daß die Rechte des Gläubigers, und die Verbindlichkeit des Schuldners in einer Person zusammen treffen, ist hier nichts weiter anzumerken. Bekanntlich wird aber auch der Bürge, als Bürge, von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn er des Schuldners Erbe wird. Er ist alsdann der Hauptschuldner selbst, und kann nicht zugleich Bürge sein. Diese Regel leidet indeß eine Ausnahme, wenn sich Jemand für eine natürliche Verbindlichkeit im strengern Verstande dergestalt verbürgt hat, daß der Gläubiger ein wirksameres Recht gegen ihn, als gegen den Hauptschuldner selbst erhalten hat. Ungerecht wäre es, wenn der Gläubiger nun gleichwol den Bürgen nur als Erben des Hauptschuldners behandeln, folglich die vorzüglichen Rechte, die er gegen ihn, als Bürgen schon hatte, aufgeben, und sich Statt derselben jetzt wieder eben die Einreden gefallen lassen müßte, welche dem Hauptschuldner wegen seiner bloß natürlichen Verbindlichket zu Statten kamen. Die Worte Papiniani L. 95. §. 3. *de solut.* stimmen im Ganzen hiemit völlig überein, wenn man auch den Versuchen der Critik, zur Berichtigung des Textes, wodurch die Stelle freilich noch entscheidender wird, nicht beipflichten wollte: Quod vulgo iactatur, fideiussorem, qui debitoris heres exstitit, *ex causa fideiussionis* liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio inuenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur —. Nach Anleitung der Basiliken ändert Cujaz diese Worte dahin: Nam si reus *naturæ* duntaxat fuit obligatus, fideiussor *non* liberabitur,

tur, welches vielen Beifall gefunden hat [14]), und nach dem ganzen Inhalte des Gesetzes mit vieler Wahrscheinlichkeit zu vertheidigen ist. Dabei muß denn freilich vorausgesetzt werden, daß der Bürge in Fällen der bloß natürlichen Verbindlichkeit im strengern Verstande sich wirksamer, als der Hauptschuldner selbst, verbindlich gemacht habe. Wenn man aber auch die Worte unverändert läßt, wird darum doch die Sache selbst nicht anders zu bestimmen sein. Das Gesetz erklärt alsdann den Bürgen **als Bürgen** frei, wenn nur der Hauptschuldner verbindlich war, — si reus duntaxat fuit obligatus. Daß aber hiebei in Fällen einer bloß natürlichen Verbindlichkeit die Entscheidung von der Art und Weise abhänge, wie der Bürge eigentlich derselben beigetreten ist, zeigen die gleichfolgenden Worte **Papiniani** selbst, wodurch er deutlich erklärt, daß man darum noch nicht gleich die Verbindlichkeit des Bürgen als fortdaurend anzunehmen hätte, weil etwa dem Hauptschuldner nach Persönlichen Verhältnissen Einreden zukämen, sondern, daß es darauf ankomme, ob der Bürge in Beziehung auf diese Verhältnisse für die Forderung gut gesagt hätte. E contrario *non* potest dici, *non* tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem. Nam si minori viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore: difficile est dicere, causam iuris honorarii, quae potuit auxi-

14) Cuiacius Quaest. Papin. Lib. 28. und Obseruat. Lib. II. cap. 34. Voet comment. ad Pand. Tit. de solut. §. 20. Vorzüglich ist *Jac.* Voorda interpretat. et emendat. Lib. I. cap. 20. nachzulesen, welcher die Meinung *Cuiacii* ausführlich wider dessen Gegner vertheidigt.

lio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit, [15]) et cui fideiussor is accessit *sine contemplatione iuris praetorii.* Auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres exstitit, intra constitutum tempus salutum erit. Der Bürge als Bürge wird also frei; er hat aber gleich andern Erben des minderjährigen Hauptschuldners binnen der gesetzlichen Zeit das beneficium restitutionis für sich anzuwenden. 5) Bei den übrigen Tilgungsarten ist in Rücksicht auf das gerichtliche Verhältniß natürlicher Verbindlichkeiten nichts besonders wahrzunehmen. Der Vertrag, wodurch der Gläubiger seine bisherige Forderung entweder ganz oder zum Theil dem Schuldner erläßt, (pactum de non petendo) hat zwar nach Römischen Rechten hier das Eigenthümliche, daß eine bloß natürliche Verbindlichkeit dadurch sofort, und, selbst dem strengen Rechte nach, (ipso iure) aufgehoben wird, dahingegen dieses Pactum die Tilgung einer bürgerlich vollgültigen Verbindlichkeit, in so fern sie nicht aus den Consensual Contracten herrührt, immer nur mittelst einer Einrede (ope exceptionis) bewirkt; [16]) ein Unterschied, welcher nach unserer heutigen Gerichtsverfassung nicht weiter in Betrachtung kommt. [17])

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

15) Hier glaubt Cujaz statt principalis, lesen zu müssen *personalis.* Man sehe dagegen *Voorda* ad c. dessen eigne Conjectur in diesem Falle auch keinen Vorzug verdienen dürfte.

16) L. 95. §. 4. D. *de solut.* Voet ad Pand. Tit. de Pactis, §. 3. Vinnius ad Inst. Tit. Quibus modis toll. oblig. §. 4. und Tit. de Exception. §. 3.

17) *Gottl. Gerh.* Titius Lib. V. Iur. Priu. Cap. 16. §. 9. und Lib. 1. Cap. 8. §. 31.

I.

Register

über die vornehmsten Materien.

Die Zahlen bedeuten die §§., diejenigen aber, vor welchen ein n stehet, weisen auf die Noten hin.

A

Actio in factum, findet überall Statt, wo eine natürliche Zwangspflicht vorkommt, welche durch bürgerliche Gesetze weder wörtlich vorgeschrieben, noch aus der Analogie derselben herzuleiten ist, 46.

Advocaten, dürfen sich im voraus keine Vortheile, in Ansehung des gewonnenen Rechtsstreits, versprechen lassen, 67. n. 7.

auch das palmarium, wenn es vorausbedungen wird, ist unerlaubt, ebendas.

Alimenten, künftigen, kann ohne richterlichen Consens nicht entsagt werden, 65. n. 5.

ob Brüder und Schwestern schuldig sein, dieselben einander zu reichen? 102.

Antretung der Erbschaft, stellt den Erben gleichsam als Bevollmächtigten der Legatarien dar, 9.

Arzeneykunde, ward lange von den Römern unter die schmutzigen Gewerbe, und unfreien Künste — artes sordidas, et illiberales — gezählet, 17. 18.

Arzt, dessen Unwissenheit oder culpa wird im Römischen Rechte als ein wahres Verbrechen behandelt, 13.

die Ursachen, welche die Rechtsgelehrten hievon angeführet, sind nicht befriedigend, noch hinreichend, der Schwierigkeit abzuhelfen, 14.

nähere Prüfung derselben, ebendas.

wahre Ursache davon, warum dessen Unvorsichtigkeit nicht eben so wol, als diejenige des Richters, eine obligationem *quasi* ex delicto hervorgebracht, 15 — 18.

Aerzte, waren bei den Römern in schlechtem Ansehen, 17. 18.
unbefugte, *medicastri*, können weder Belohnung, noch Vergütung der gehabten Auslagen begehren; was ihnen aber bezahlt worden ist, kann nicht zurückgefordert werden, 76.
Assecuranzen, davon sind gewisse Personen ausgeschlossen, 67. n. 9.

B

Beneficium competentiae, ist aufs strengste zu erklären, 89 b.
demselben kann der Ehemann gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn dos von ihnen zurückgefordert würde, nicht gültig entsagen, 85.
des Schuldners, kommt dem Bürgen nicht zu Statten, 115.
Bevollmächtiger, der das selbst nicht thun kann, was er einem andern aufträgt, läßt sich ohne Widerspruch denken, 9. n. 4.
Billigkeit, natürliche, s. **natürl. Billigkeit.**
Brautschatz, die darauf verwandten nothwendigen Kosten kann der Ehemann heutiges Tages nicht wiederfordern, wenn er sich dazu verwillkühret hat, 84.
welchen eine Person von ihrer Mutter, Großmutter, oder nahen Verwandten wirklich erhalten hat, kann als Nichtschuld nicht zurückgefordert werden, wenn gleich der Irrthum einer vollkommenen Schuldigkeit dabei obgewaltet hätte, 99.
denselben muß der Vater der heyrathenden Tochter mitgeben, ebendas. u. n. 5.
es sei denn, daß die Tochter zulänglich eigene Mittel besitze, 100.
Bürge, kann auch in Ansehung einer bloß natürlichen Hauptverbindlichkeit bestellt werden, 112. folg.
in wie fern derselbe gehalten sei, wenn die Hauptschuld verbietenden Civilgesetzen zuwider ist? 113.
in wie fern er gehalten sei, wenn das Hauptgeschäfte zwar nicht verboten, oder ganz ungültig, jedoch die daraus entspringende Klage nicht völlig wirksam ist? 114. folg.
gegen ihn findet der Regel nach nur diejenige Art der Rechts-

Rechtsverfolgung Statt, worauf der gerichtl. Effect gegen den Schuldner selbst eingeschränkt ist, ebendas.
Einschränkung dieser Regel, ebendas.
ihm kommt die Einrede des SCti Maced. zu Statten, 115.
das benef. compet. des Schuldners und der diesem verliehene Indult kommt ihm nicht zu gute, ebend.
ob und in wie fern ihm die Verjährung der Hauptklage zu Statten komme? ebendas.
ob er zur Zahlung angehalten werden könne, wenn der Gläubiger mit seinem Anspruche beim Concurse präcludirt ist? ebendas.
ob er die Zahlung, worauf der Gläubiger nicht hätte klagen können, von dem letztern selbst wieder zurückzufordern befugt sei? 116.
ob und in wie fern derselbe, wenn er eine Nichtschuld, oder eine nicht klagbare Foderung bezahlt hat, seinen Regreß gegen den Hauptschuldner nehmen dürfe? 117.
wird, als Bürge, von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn er des Schuldners Erbe wird, 128.
Ausnahme, welche diese Regel bei der natürlichen Verbindlichkeit leidet, 128.

Bürgerliche Gesetzbücher, s. Gesetzbücher.

Bürgerliche Gesetze, ob und in wie fern das Naturrecht durch dieselben eine Abänderung leiden könne, 57.
was und wie viel von den Rechten des Menschen als Menschen dadurch geändert werden könne, 58.
worauf die Gerechtigkeit derselben beruhe? ebendas.

Bürgerlich verbotene Rechtsgeschäfte, s. Rechtsgeschäfte.

C

Cessionar, ob derselbe alle Einreden des Schuldners, welche dem Cedenten entgegen stehen, ohne Ausnahme, auch wider sich gelten lassen müsse? 117. n. 9.

Clausel: *rebus sic stantibus*, was dazu erfordert wird, wenn sie anwendlich werden soll, 90. III.

Communio, s. Societät.

Compensation, findet wegen bloß natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten Statt, wenn die Erfordernisse derselben gehörig vorhanden sind, 97.

ob der Gläubiger, wenn sie verworfen, und er zur Bezahlung verurtheilet worden, berechtiget sei, die sonst nicht klagbare Verbindlichkeit per modum actionis geltend zu machen, ebendas.
kann der Gläubiger zuvörderst bei des Schuldners bloß natürlichen Verbindlichkeit vornehmen, 128.
Condictio indebiti, (s. auch Nichtschuld) worin sie bestehe, 9.
bei derselben ward die Sache gleichsam als geliehen angesehen, ebendas.
ob sie wider den Pupillen angestellt werden könne? 71. n. 16.
ist von der Zurückfoderung des zur Erfüllung verbotener Verträge Gegebenen oder Bezahlten eigentlich zu unterscheiden, 75.
Consensus fictus, läßt sich bei Erklärung der Verbindlichkeiten quasi ex contractu gar nicht annehmen, 24.
wird als ein Irrthum widerlegt, ebendas. und n. 3. 4. 5.
ihn mit dem consensu *praesumto* synonymisch zu gebrauchen, ist sehr unschicklich, ebendas. n. 6.
ist von verschiedenen Rechtsgelehrten schon als lächerlich dargestellt worden, ebendas. und n. 1.
Constitutum, so wohl proprium, als alienum, findet auch bei bloß natürlichen Verbindlichkeiten Statt, 124. folg.
worin das alienum von der Bürgschaft wesentlich unterschieden sei? ebendas. und n. 1.
Entwickelung und richtige Bestimmung der Begriffe, 125.
dadurch wird eigentlich die Erfüllung einer anerkannten Verbindlichkeit versichert, ebendas.
dasselbe schließt allemal eine Genehmigung in sich, und setzt eine wirklich schon vorhandene Verbindlichkeit voraus, ebendas.
Unterschied desselben von der Genehmigung und vom pacto geminato, ebendas.
dasselbe ist nicht vorhanden, wenn man etwas zu zahlen verspricht, wovon man weiß, daß man es nicht schuldig ist, 126.
ob ein solches Versprechen nicht als eine Genehmigung oder als Schenkung gültig sei? ebendas.
in wie fern dasselbe wirksam sein könne a) bei Geschäften,

schäften, welche gebietenden oder verbietenden Gesetzen zuwider eingegangen worden, b) bei solchen Geschäften, die zwar nicht ganz unverbindlich, nur aber im Wege Rechtens nicht völlig wirksam sind, 127.

Contracte, deren Eintheilung in wahre und Quasicontracte ist fehlerhaft, 25.
die Gesetze selbst billigen solche Eintheilung nicht, ebendaselbst.
nach der Natur der Sache und den Regeln der Vernunftlehre läßt sie sich auch nicht vertheidigen, ebendas.

Contractus, dieß Wort hat bei den Römischen Rechtsgelehrten mancherlei Bedeutungen, 25. n. 2.

Conventionalstrafe bei Verlobungen, s. **Verlobungen.**

Culpa, s. **Fahrlässigkeit.**

D

Darlehn, die dabei versprochenen Zinsen können heutiges Tages vermittelst einer Klage gefordert werden, 84.

Dienstbothe, ob er den völligen Lohn zu fodern berechtiget sei, wenn ihn seine Krankheit behindert, die schuldigen Dienste zu leisten? 102.

Dörfer, die eigenmächtige gänzliche Niederlegung derselben ist in Mecklenburg in der Regel gänzlich verboten, 64.
Erklärung des davon ordnenden §. 380. des Meckl. Erbvergleichs, ebendas.

Donatarius darf von seinem Wohlthäter keine Verzugszinsen fordern, 99. und n. 4.

E

Ehemann, dessen Verzichtleistung in Ansehung der auf den Brautschatz verwandten nothwendigen Kosten hat heutiges Tages gerichtl. Kraft, 34.
s. a. *benefic. compet.*

Ehen, verbotene, 67. n. 8.
ob sie nichtig sind, wenn sie ohne Einwilligung der Eltern vollzogen worden? 74. n. 9.

Eid, die Verpflichtung, denselben zu halten, hängt von der Ueberzeugung des Schwörenden ab, daß er rechtmäßig, und daß die Erfüllung des Versprechens, welche er dadurch vergewissert, an und für sich Pflicht sei, 119.

Wirkung desselben bei Rechtsgeschäften, die nach Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig sind, oder doch wenigstens den völligen gerichtl. Effect nicht haben,
so wohl nach der Natur der Sache, 119.
als auch nach den in Deutschland geltenden positiven Röm. und Canon. Rechten, 120. 121.
bei den hievon ordnenden Stellen des Canon. Rechts muß die strengste Erklärung eintreten, 121.
die Vorschriften des Canon. Rechts haben zu vieler Verwickelung der Sache und zu unendlichen Streitigkeiten der Rechtsgelehrten Anlaß gegeben, ebendas.
einzelne Fälle hievon, 121. 122.
Nach welchen Grundsätzen eigentlich in protestantischen Gerichten die Sache behandelt werden müßte? 123.
ob in der Lehre davon das Canon. Recht dem Römischen vorgehe? ebend.
Hollsteinsches Provinzialgesetz zur Abstellung des überflüssigen und zweckwidrigen Gebrauchs der Eide, ebendas.
Verordnung des allgem. Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten von eidlicher Bestärkung der Verträge, ebend.

Entsagung, ob dieselbe bei verbietenden Gesetzen Statt finde? 74.

Entstehungsart und Ursprung der Verbindlichkeit, Theorie der Römischen Juristen davon, 6. 7.
von diesen sind die Verbindlichkeiten, so viel möglich, auf Verträge und Verbrechen reducirt worden, und dessen Ursachen, 8.
vollständige Zergliederung des Römischen Lehrbegriffs davon, 21.
dieser Lehrbegriff ist durch irrige Erklärungen und Zusätze der Ausleger ungemein verwirrt worden, 23 — 27.
er ist auch an sich nicht von wesentlichen Fehlern frei, 28.
und unserm heutigen Rechtssysteme gar nicht angemessen, 29.
Abriß eines Plans, wonach diese Materie schicklicher abzuhandeln, 30. 31.
quasi ex contractu und quasi ex delicto beruhet bald auf Gesetzen unmittelbar, bald auf einseitigen Handlungen, 28.

beruhet zuletzt auf Gesetzen, 30.
Gesetze und Handlungen als verschiedene Quellen der Verbindlichkeit einander entgegen setzen, führet viel unbequemes mit sich, ebendas.
Erinnerungen gegen von Tevenars Lehre vom Ursprunge der Verbindlichkeiten, ebendas.
Erbe, dessen Verbindlichkeit, die Schulden des Erblassers zu berichtigen, rührt nicht aus einem Quasicontracte her, 27.
ob derselbe in seinem Gewissen verbunden sei, den letzten Willen des Verstorbenen ganz zu erfüllen, wenn solcher nach den bürgerl. Gesetzen nicht bestehen würde? 102.

F.

Fahrlässigkeit, (*culpa*), macht keinen unterscheidenden Charakter des quasi delicti aus, 10.
Fiscus, ob demselben in Ansehung der Geldstrafen und Inquisitionskosten ein gesetzliches Pfandrecht zustehe, ist streitig, 27.
Königl. Preußische Kabinetsverfügung in solchem Betreff, ebendas. n. 10.
Frauenspersonen, in wie fern ihnen aus der Bürgschaft eine natürliche Verbindlichkeit obliege? 70.
ob sie dem SCto Velleiano gültig entsagen können? 74. n. 14.
warum sie das aus der Bürgschaft Bezahlte nicht zurückfordern können, wenn sie bei der Zahlung gewußt haben, daß ihre Intercession zu Recht nicht beständig sei? 77.
ob ihnen eine natürliche Verbindlichkeit obliege, wenn sie ohne Zuziehung ihres Curators sich in Rechtsgeschäfte eingelassen haben? 70.
Freigelassener, konnte nach Röm. Gesetzen für die seinem Patron wirklich geleisteten Dienste keine Remuneration fordern, 99.
Früchte, Ankauf noch nicht eingeernteter, 65.
Furcht, ist weder ein wesentliches Merkmal der Verbindlichkeit, noch das wahre Fundament derselben, 1.
Furiosus, ob die Vergütung des Schadens aus seinen Gütern gefordert werden könne? 71. n. 20. 21.

G

Gastwirthe, deren Verbindlichkeit wegen der Aufnahme fremder Sachen und Güter gründet sich auf einen wahren Vertrag, 27.
ist nicht zu den Quasicontracten zu rechnen, ebend.
Gemeinheit, s. Societät.
Genehmigung, kann auch bei Vorfällen wirksam sein, die sonst ganz unverbindlich waren, 125. 126.
in wie fern dieselbe bei einem bisher nicht vollgültigen Handel wirksam sein könne? 127.
s. auch *constitutum*.
Geschwister, ob dieselben einander zu ernähren schuldig? 102.
Gesellschaftscontract, s. Societät.
Gesetzbücher, bürgerliche, darin wird vieles aus dem natürlichen Rechte angetroffen, 4.
dieß ist auch nicht überflüssig, ebendaselbst.
Gesetze, positive, (s. a. **Bürgerl. Gesetze, Rechte.**) an gehöriger Bekanntmachung derselben ist dem gemeinen Besten sehr gelegen, 70. n. 5.
davon abzugehen, steht den Unterthanen bei Regulirung der Rechte und Verbindlichkeiten ihrer Privatangelegenheiten der Regel nach frei, 80.
Gesetze, verbietende, sind in zweifelhaften Fällen strenge zu erklären, 63.
bei allgemein verbietenden, sind auch alle Unterarten, von denen man nicht deutlich zeigen kann, daß sie ausgenommen worden, oder daß der Grund und die Absicht des Gesetzes dabei wegfalle, als verboten anzusehen, ebendas.
in wie fern von den beiden Regeln: Wo der Grund des Gesetzes nicht Statt findet ꝛc., und umgekehrt: Wo der Grund des Gesetzes eintritt ꝛc; dabey Gebrauch zu machen sei? ebendas.
Mißbrauch der ersteren Regel, 64.
verbinden, wenn man, obgleich unter einer ganz andern Form, in fraudem legis gehandelt hat, ebendas.
dieß muß aber der, welcher es behauptet, beweisen, ebendas.
ob denselben gültig entsagt werden könne, 74.
Handlungen, welche gegen dieselben, oder gegen schlechterdings gebietende Gesetze unternommen worden, sind nichtig, ebendas.

Gewissenspflichten s. **Liebespflichten.**

H

Handlungen, verbotene, siehe **Rechtsgeschäfte.**
Hazardspiele, s. **Spiele.**
Huren, öffentliche, ob sie nach Röm. Rechten berechtiget gewesen sind, den versprochenen Lohn gerichtlich einzuklagen, 68. n. 4.

I

Indebitum, s. **Nichtschuld,** und *condictio indebiti.*
Indult, bewirkt nur eine Einrede gegen den klagenden Gläubiger, 99.
welcher dem Schuldner verliehen ist, kommt dem Bürgen nicht zu Statten, 115.

K

Kind, kann weder sich verbinden, noch Rechte erwerben, 71.
Kinder, sind ihre verarmten Eltern zu ernähren schuldig, 99.

L

Leibeigene, sind heutiges Tages nicht aller bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten unfähig, 86.
Letzter Wille des Verstorbenen, ob jeder Erbe in seinem Gewissen verbunden sei, denselben ganz zu erfüllen, wenn solcher auch nach den bürgerl. Gesetzen nicht bestehen würde? 102.
Lex commissoria **bei Verpfändungen,** ist in den Gesetzen überhaupt in ihrem ganzen Umfange verboten, 64. n. 8. 65. n. 4.
ob dieser Vertrag gültig sei, wenn er eidlich geschlossen ist? 122. n. 3.
Lex un. C. et ob chirograph. pecun., deren Gebrauch in Ansehung natürlicher Verbindlichkeiten, 106. 5) und 108.
Liebespflichten, 39. 40.
werden von einigen Rechtslehrern unrecht mit denen in eine Classe gebracht, welchen das bürgerliche Recht die gerichtliche Wirkung entzogen hat, 49.

haben in foro ciuili nicht mehr Kraft, als die Gesetze wirklich gestattet haben, 59. 100.
sind in gewissen Fällen nach Vorschrift der positiven Gesetze als wirkliche Zwangspflichten zu behandeln, 98. 99.
Nähere Bestimmung des gerichtlichen Zwangsrechts in Fällen dieser Art, 100.
dasselbe findet lediglich in den besondern Fällen Statt, welche die Gesetze ausdrücklich genannt haben, und ist nicht weiter auszudehnen, ebend.
kurze Widerlegung verschiedener Irrthümer, 101.
Litiscontestation, ist nicht unter die Quasicontracte zu rechnen, 27.

M

Mandatarius, wenn derselbe, ohne ganz speciellen Auftrag, Pöste bezahlt, derentwegen zwar eine natürl. Verbindl. des Principals, aber keine Klage wider diesen Statt fand, so kann das Gezahlte wieder zurückgefordert werden, 128.
Medicastri, s. **Aerzte**.
Minderjähriger, warum bei ihm, wenn er als Meister einer gewissen Kunst gehandelt hat, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Statt finde? 64. n. 7.
mußte nach Röm. R. in einigen Fällen durchaus einen Curator haben, 72. n. 3.
ob ihm eine natürliche Verbindlichkeit obliege, wenn er ohne Vormund gehandelt hat? 72. 73.
ob seine rechtlichen Handlungen, wenn sie ohne Vormund geschehen, ipso iure für null und nichtig zu achten sind? 72.
Motiven, können zwar die Erfüllung einer schon vorhandenen Verbindlichkeit bewirken, allein die Obligation selbst wird dadurch nicht hervorgebracht, 1.
Mutuum, s. **Darlehn**.

N

Natürliche Billigkeit, wie weit Klagen nach derselben zugelassen werden können, 47.
Natürliche Verbindlichkeit, Begriff derselben, 4.
im weitesten Sinne, 53.
im bürgerlichen Zustande, 54.
im strengsten Verstande des Civilrechts, 55. 56.

ver-

verschiedene Benennungen derselben im Röm. Rechte, 55. n. 8.
Schriftsteller davon, 41.
gewöhnliche Theorie, und deren Fehler, 42 — 52.
bloß natürliche, ebendas.
ganz verworfene, ebendas.
nicht ganz verworfene, und deren Effecte, ebendaselbst und n. 1.
Mißbrauch der Eintheilung in bloß natürliche und vermischte Verbindlichkeiten, 43.
jede vollkommene ist der Regel nach auch in der bürgerlichen Societät als völlig wirksam anzunehmen, wo nicht die Gesetze sie in Ansehung der gerichtlichen Wirkung ausdrücklich eingeschränkt haben; diese Regel rechtfertigt sich sowohl nach der gesunden Vernunft, 44.
und dem Römischen Rechte, 45. 46.
als auch nach dem Canonischen Rechte und heutigen Gerichtsgebrauch, 47.
deren gerichtliche Wirkung nur zum Theil eingeschränkt worden, bloß dahin zu bestimmen, daß die Gesetze deßhalb gar keine Klage, wohl aber die übrigen Effecte zulassen, genügt nicht, 51.
und deren Verhältniß in foro ciuili, wird in verschiedenen Rechtsmaterien, welche unstreitig dahin gehören, gar nicht untersucht, welches nicht zu billigen ist, 52.
Unterschiede zwischen der natürlichen und positiven, 54.
Gründe der gerichtlichen Unwirksamkeit derselben, 55. s. auch **Wirkung, gerichtl.**
ob und in wie fern sie auch bei bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften Statt finde? 68 — 70.
der Frauenspersonen aus einer übernommenen Bürgschaft, 70.
der Frauenspersonen, welche ohne Zuziehung ihres Curators sich in rechtliche Geschäfte eingelassen haben, ebendas.
der Pupillen, welche ohne Einwilligung des Vormundes sich in Rechtsgeschäfte eingelassen haben, 71.
Controverse der ältern und neuern Juristen darüber, ebendas.
der Minderjährigen, welche ohne Vormund gehandelt haben, 72. 73.
der Knechte nach Röm. Recht, 86.

solcher Personen, die der väterlichen Gewalt noch unterworfen sind, 87.
insbesondere aus einer Geldanleihe, 88.
des Schuldners, der durch ungerechten richterlichen Ausspruch losgesprochen worden ist, 94.
derselben wegen findet die Compensation Statt, und in wie fern? 97.
eine derselben wegen geschehene Verpfändung ist gültig, 103. s. **Pfand.**
bei derselben findet auch eine Bürgschaft Statt, 112. folgg. s. **Bürgschaft.**
was der Eid dabei wirke? 119. folg. s. **Eid.**
bei derselben findet auch das constitutum, so wol proprium, als alienum, Statt, 124. s. *constitutum.*
Bemerkungen über die verschiedenen Arten, dieselbe aufzuheben, 128.

Natürlich erlaubte Rechtsgeschäfte, s. **Rechtsgeschäfte.**

Naturalis, naturaliter, verschiedene Bedeutungen dieser Worte in der Sprache des Röm. Gesetzbuchs, 55. n. 7.

Naturrecht, dessen Verhältniß, Gebrauch, und Anwendung in bürgerlichen Gerichten, 41.
ob und in wie fern dasselbe durch bürgerliche Gesetze eine Abänderung leiden könne, 57. 58.
was und wie viel davon in der bürgerlichen Gesellschaft geändert werden könne, 58.

Nebenverträge, 81. 82.
eigentliche Bewandniß der Röm. Rechtstheorie davon, 82.
heutiger Gebrauch dieser Röm. Gesetze, 83. 84. 85.

Nichtigkeit solcher Handlungen, welche gegen gebietende oder verbietende Gesetze unternommen worden sind, 74.

Nichtschuld, die Wiedererstattung einer bona fide angenommenen, so weit man dadurch reicher geworden, ist eine unmittelbare Verbindlichkeit, 35. s. auch *condictio indebiti.*
ob und in wie fern dieselbe in der Folge durch das Zahlungsversprechen zu einer klagbaren Verbindlichkeit übergehen könne? 126.
ob ein Constitutum, oder nur überhaupt eine Genehmigung oder eine Schenkung vorhanden sei, wenn das Zahlungsversprechen wissentlich geschehen ist? ebendas.

O

Obligatio ex variis causarum figuris, was darunter zu verstehen sei? 21. 22.

zu derselben gehören auch die Verbindlichkeiten quasi ex contractu et quasi ex delicto, 22.
verschiedene Meinungen der Juristen davon, 22. not. 1)
Obligatio naturalis reprobata, gemeine Erklärung derselben, 48.
Obligatio naturalis haud reprobata, gewöhnliche Lehre davon, 50.
Obligatio, quae re contrahitur, setzt zu ihrer völligen Wirksamkeit ein factum voraus, 28. n. 6.
Obligation, (s. auch **Verbindlichkeit**) deren Eintheilung in mere naturalem, mere positiuam, et mixtam, läßt sich sehr gut vertheidigen, 4.

P

Pacta nuda, 81. ff.
werden nach Röm. R. durch den Eid nicht klagbar, 120.
Pactum de non petendo, 128.
Palmarium, s. **Advocaten.**
Permissivgesetze, führt keinen Widerspruch mit sich, 2. n. 2.
Pfand, ob und in wie fern der Vertrag gültig sei, daß der Pfandgläubiger dasselbe gar nicht veräußern dürfe, 85.
fällt weg, wenn die Hauptverbindlichkeit ganz fehlt oder aufhört, 104.
vermeinte Ausnahmen von dieser Regel, ebendas.
findet auch wegen einer bloß natürlichen Verbindlichkeit Statt, 103. ff.
ob auch wegen einer sogenannten reprobirten natürl. Verb.? 105.
in wie fern der Gläubiger alsdann das ihm übergebene Pfandstück herausgeben müsse? ebend.
dasselbe kann ein Schuldner, der durch rechtskräftige Sentenz, sei sie auch ungerecht, losgesprochen worden ist, von dem Gläubiger wieder zurückfordern, 106. 4).
was für Wirkungen dasselbe wegen bloß natürlicher Verbindlichkeiten habe? 107. f.
nur diejenigen Rechtsmittel finden deßhalb Statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehen, 107.
Gebrauch der L. un. C. et. ob. chirograph. pecun. in Ansehung natürl. Verbindlichkeiten, 106. 5) und 108.

dem Besitzer eines handhabenden kann die Präclusion nicht nachtheilig werden, 109. und n. 1.
Einschränkung dieses Satzes, ebend. n. 1.
dessen Wirkung nach eingetretener Präclusion, 109.
ob dasselbe alsdann auch noch gegen einen dritten Besitzer verfolget werden könne? ebendas.
Wirkung desselben, wenn der persönlichen Schuldklage die Einrede der Verjährung entgegen steht, 110. folg.
Pflichten, deren Eintheilung in vollkommene und unvollkommene ist an sich gegründet, und logisch richtig, 40.
wird von einigen verworfen, 39. n. 4.
Präclusion, bei entstandenem Concurse, ist keine eigentliche Strafe, 90.
eigentliche Wirkung derselben, 93.
kann dem Besitzer eines handhabenden Pfandes gar nicht nachtheilig werden, 109. und n. 1.
wird eingeschränkt, ebend. n. 1.
ob, wenn dieselbe eingetreten ist der hypothekarische Gläubiger sein Recht auch gegen einen dritten Besitzer der Hypoth. verfolgen könne? 109.
Precarium, die Verabredung, dasselbe vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wiederzufordern, ist heutiges Tages gerichtl. wirksam, 84.
Preußisches allgemeines Gesetzbuch, nach demselben erhält ein Vertrag durch eidliche Bestärkung nicht mehrere Kraft, als ihm die Gesetze schon an sich beilegen, 123.
Privatangelegenheiten, darin die Rechte und Verbindlichkeiten anders zu reguliren, als die positiven Gesetze es bestimmet haben, steht den Parteien der Regel nach frei, 80.
Proceßkosten, vorgeschossene, statt deren und der Zinsen davon einen Theil des gewonnenen Vermögens sich versprechen zu lassen, ist verboten, 65. n. 6.
Pupillen, ob ihnen eine natürliche Verbindlichkeit obliege, wenn sie sich ohne Vormund in Rechtsgeschäfte eingelassen haben? 71.
Controverse der ältern und neuern Juristen darüber, ebendaselbst.
ob condictio indebiti wider sie angestellet werden könne, ebend. n. 16.

Q.

Quasi contractus, was es mit den Verbindlichkeiten daraus eigentlich für eine Bewandniß gehabt habe? 9.

die gewöhnliche Erklärung derselben ist mit vielen Schwierigkeiten verknüpft, ebend.
was zu dieser Verwirrung Anlaß gegeben habe? ebend.
Versuch einer genauern Entwickelung derselben, ebend.
was für Rechtsfälle die Römischen Gesetze dahin rechnen sind? ebend.
worin dieselben mit einander harmoniren? ebendaselbst.
Begriffe von denselben nach der wahren Meinung der Röm. Rechtsgelehrten, ebendas.
die Ungereimtheit des Ausdrucks: quasicontractus wird näher ins Licht gesetzt, 25. not. 1.
Zu denselben sind von den Auslegern mehrere Fälle hinzugefügt, als die Römischen Gesetze selbst dahin gerechnet haben, 27.
(s. auch *consensus fictus*, und **Contracte**.)
Quasi delicta, wie es sich damit nach dem ächten Sinn des Röm. Rechts verhalte? 10 — 20.
Hubers Bedenklichkeiten über die gewöhnliche Lehre davon, 10.
Woltaers Erklärung davon, ebendas.
Das Röm. Recht liefert keine bestimmte Erklärung dieser Gattung der Verbindlichkeit, 10.
Merkmale, welche den dahin gerechneten Fällen gemein sind, 11.
Fälle, wo den Röm. Rechten nach eine obligatio quasi ex delicto vorhanden ist, 12 — 20.
Begriff derselben nach dem ächten Sinn des Römis. Rechts, 19. 20.
Fahrlässigkeit giebt keinen unterscheidenden Character derselben, 10.
Die Terminologie: quasi delictum kommt in den Gesetzen gar nicht vor, 25. n. 1.
deren Unschicklichkeit wird gezeigt, ebendas. s. auch **Verbrechen**.
Zu denselben sind von den Auslegern mehrere Fälle gerechnet, als die Röm. Gesetze selbst dahin zählen, 27.

R

Rasende, s. *furiosus*.
Ratihabition, siehe **Genehmigung**.
Recht, natürliches, (s. auch **Gesetzbücher**) was aus demselben ins ius positiuum qua tale aufgenommen worden

ist, wird nicht unverbindlich, wenn gleich dieses sein Ansehen und Gültigkeit verliert, 4.
was es eigentlich sei, 30. n. 2.
positives, (s. auch **bürgerl. Gesetze**) Unterschied des wirklichen und förmlichen, 70. n. 2.
Canonisches, ob dasselbe in der Lehre vom Eide dem Römischen vorgehe? 123.
Römisches, was bei Anwendung desselben vorzüglich in Acht zu nehmen ist? 96.
Rechte, alle rühren zuletzt aus Gesetzen her, 30.
Rechtsgeschäfte, natürlich erlaubte, jedoch bürgerlich verbotene, 61 — 77.
das bürgerliche Verbot einer natürlich erlaubten Handlung muß vor allen Dingen außer Zweifel gesetzt sein, 61.
auf welche Gesetze hiebei Rücksicht zu nehmen ist, 62.
Ausnahmen von der Regel, daß auf die Gesetze des Orts, wo die Handlung vorgenommen worden, zu sehen sei, ebendas.
Erklärung und Anwendung dieser positiven Gesetze, 63. 64.
Classification der einzelnen dahin gehörenden Fälle, 65 — 67.
ob und in wie fern eine natürliche Verbindlichkeit dabei Statt finde? 68 — 70.
ob eine Entschädigung dabei gefordert werden könne? 70. et n. 4.
sind der Regel nach nichtig, 74.
ob und in wie fern dasjenige, was zur Erfüllung derselben gegeben, oder bezahlt worden ist, wieder zurückgefordert werden könne? 75. 76.
Zweifel gegen die Richtigkeit der gemeinen Lehre hievon, 75.
Die Zurückforderung ist der Regel nach unzulässig, 76.
Ausnahmen von dieser Regel, 77.
bürgerlich nicht verbotene, welche jedoch den völligen gerichtl. Effect nicht hervorbringen, 78 — 89 b.
Classification der einzelnen dahin gehörenden Rechtsgeschäfte, 79.
Nach welchen Gesetzen der Richter im Fall einer Collision der positiven Rechte verfahren müsse? 95.
Bemerkungen über die Erklärung und Anwendung dieser Gesetze, 96.
Rechtsregel: *quod tibi non nocet, alteri vero prodest ad*

id poteris compelli, was von derselben zu halten, und wie die Gesetze woraus dieselbe gebildet worden ist, eigentlich zu verstehen sind? 101.

Richter, derselbe konnte, wenn er einem streitenden Theile zu nahe gethan hatte, nach den Grundsätzen des strengen Röm. Civilrechts nur wegen des doli und der gröbsten Fahrlässigkeit in Anspruch genommen werden, 12.

denselben macht nach dem neuern Röm. Rechte jede andere Uebereilung oder Versehen quasi ex delicto verantwortlich, ebendas.

actio in factum wider denselben, si litem suam fecerit, ebendas.

worauf es dabei angekommen? ebendas.

die Meinung der Rechtsgelehrten, welche dieselbe bloß wegen der groben Fahrlässigkeit gegen den Richter zulassen, wird widerlegt, 12. n. 4.

ihm ist das Annehmen der Geschenke verboten, 67. n. 6.

er darf sich auch nicht durch Geschenke den Weg zum Richteramt bahnen, ebendas.

muß die Personen und Sachen nur so behandeln, wie sie der Gesetzgeber Einmal überhaupt angesehen wissen will, 70. 76. n. 14. 96.

Criminalrichter muß auch auf die individuellen Eigenschaften und Verhältnisse Rücksicht nehmen, 64. u. 5.

S

Schenkung, jede, welche die gesetzliche Summe nicht übersteigt, bringt nach dem neuen Röm. Recht ohne Stipulation eine gültige Klage hervor, 126.

wie auch nach Deutschen Rechten, ebendas.

über 500 Soliden, ist ohne gerichtliche Insinuation ungültig, 65.

wahre Absicht dieses Verbots, ebendas. n. 8.

unter Eheleuten, in wie fern dieselbe gültig und klagbar sei, 89 a, und n. 18.

Schuldner, ob ein natürliche Verbindlichkeit bei ihm Statt habe, wenn er durch ungerechten richterlichen Ausspruch losgesprochen worden ist? 91. 94.

Senatusconsultum Macedonianum, ist kein verbietendes Gesetz, 88.

leidet keine ausdehnende Erklärung, 96.

kommt auch dem Bürgen zu Statten, 115.

Senatusconsultum velleianum, ob demselben von einer Frauensperson gültig entsagt werden könne? 74. n. 14.
s. a. Frauenspersonen.
Societät und Gemeinheit, kann auch heutiges Tages von jedem Interessenten eigenwillig aufgekündigt werden, 85.
doch muß es nicht zur Unzeit geschehen, 81. n. 8.
Societas leonina, ist heutiges Tages als Pactum für gültig zu achten, 84.
Spiele, Glücks- oder Hazard-, sind verboten, 65. n. 1.
künstliche, ebendas. n. 2.
verbotene, ein dazu gemachte Anleihe kann, wenn sie freiwillig wiederbezahlt worden ist, nicht zurückgefordert werden, 76.
was darin verloren und bezahlt worden ist, kann der Mitspieler selbst zurückfordern, 77. et n. 7.
Suffragii Contractus, in wie fern derselbe gültig sei, 67. n. 6.

T

Testamente, ob sie auch nach dem Naturrecht zu den gültigen Dispositionen über das Seine gehören? 54. n. 6. s. auch Letzter Wille.
Theorie der Römischen Juristen vom Ursprunge und den Entstehungsgründen der Verbindlichkeit, s. Entstehungsart und Ursprung der Verbindl.
Thier, unvernünftiges, die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen dasselbe angerichtet hat, ist eine unmittelbare, 34.
Titel *de regulis iuris*, die darin vorkommenden Rechtsprincipien sind nicht immer nach Maßgabe des Wortverstandes als allgemeine gesetzliche Vorschriften anzusehen, 101.

U

Ursprung der Verbindlichkeit, s. Entstehungsart.
Usuraria prauitas, s. Wucher.

V

Vater, dessen Schuldigkeit, seine Kinder zu ernähren, ist eine unmittelbare, 33.
muß der heirathenden Tochter einen Brautschatz mitgeben, 99. und n. 5.
doch ist er nur alsdann dazu schuldig, wenn die Tochter nicht zulänglich eigene Mittel besitzt, 100.
Verbietende Gesetze, s. Gesetze, verbiet.
Verbindlichkeit, (s. auch Obligation) Begriff derselben, 1. 2.

Eintheilungen derselben, 3. 4. 5. 39. 40.
findet nur in Ansehung freier Handlungen, und solcher, die sich auf Freiheit beziehen, Statt, 2.
führt keine absolute Nothwendigkeit mit sich, ebend.
kann sich auf unmögliche Dinge nicht erstrecken, ebend.
deren Ursprung und Entstehungsart, s. **Entstehungsart.**
hört darum nicht auf eine natürliche zu sein, weil sie im Civilrecht gleichfalls vorgeschrieben worden ist, 4.
bürgerliche, Begriff derselben, 4.
mittelbare, was sie sei? 5.
setzt ein factum obligatorium voraus, ebendas.
wird näher bestimmt, 31.
und erläutert, 37. 38.
natürliche, s. **natürliche Verbindl.**
unmittelbare, Begriff derselben, 5.
wird näher erläutert, 32 — 36.
unvollkommene, worin sie bestehe, 39. 40.
vermischte, was sie sei? 4. 42.
vollkommene, was sie sei? 39. 40.
Unterschiede zwischen der natürlichen und positiven, 54.
Bemerkungen über die verschiedenen Arten, dieselbe aufzuheben, in Rücksicht auf natürl. Verbindlichkeiten im strengen Verstande des Civilrechts, 128.

Verbindlichkeiten, gegen Gott, gegen uns selbst, und gegen andere Menschen, 3.

Verbrechen, deren Eintheilung in wahre und Quasidelicta ist fehlerhaft, 25.
die Gesetze selbst billigen diese Eintheilung nicht, ebendas.
nach der Natur der Sache und den Regeln der Vernunftlehre läßt sie sich auch nicht vertheidigen, ebendaselbst.

Verjährung der Klagen, ist keine Strafe im eigentlichen Verstande, 90.
ob der Schuldner, welcher nach derselben bezahlt, solches wiederum zurückfordern könne? 92.
hebt die natürliche Verbindlichkeit nicht auf, ebend.
der Hauptklage, ob und in wie fern dieselbe auch dem Bürgen zu Statten komme? 115.

Verlobungen, die Conventionalstrafe dabei gilt heutiges Tages, 84.

Verträge, die vollkommene Verbindlichkeit daraus, wird neuerer Zeit von einigen, wiewohl unrecht, selbst nach dem Naturrechte bestritten, 83. u. n. 5.

in wie fern ihnen die gerichtl. Wirkung zukomme, wenn sie in Ansehung eines Dritten geschlossen werden, 89. a.
Verträge, bürgerlich verbotene, s. Rechtsgeschäfte.
Neben- s. Nebenverträge.

W

Wahnsinnige, s. *furiosus*.
Wetten, 65. n. 2.
Wirkung, gerichtliche, natürlicher Verbindlichkeiten, allgemeine Regeln davon, 59.
wird in einzelnen Fällen gehindert, I. weil die nat. Verbindl. mit den bürgerlichen Bestimmungen der Privatgeschäfte nicht übereinkommt, 81. ff.
II. durch das persönliche Verhältniß der Parteien, 86 — 89. a.
III. aus billiger Nachsicht gegen den Schuldner, 89. b.
geht in manchen Fällen durch die Vorschriften des Civilrechts erst in der Folge ganz oder zum Theil verloren, 90 — 94.
Gründe dieser bürgerl. Anordnung, 90.
ob alsdann auch die natürl. Verbindlichk. selbst wegfalle? 91. ff.
Wucher, unerlaubter, 65. n. 3.

Z

Zahlung, ist allemal im Zweifel auf klagbare Pöste zu rechnen, wenn ein Gläubiger mehrere Forderungen an einen Schuldner hat, 128.
Zahlungsversprechen, ob und in wie fern durch dasselbe in der Folge eine Nichtschuld zu einer klagbaren Verbindlichkeit übergehen könne? 126.
s. a. *constitutum*.
Zinsen, s. Darlehn.
Verzugs-, kann der Donatarius von seinem Wohlthäter nicht fordern, 99. und n. 4.
Zinsthaler, 6ter, 65. n. 3.
Zurückforderung des Gezahlten findet Statt, wenn der Mandatarius, ohne ganz speciellen Auftrag, Pöste bezahlt, derentwegen zwar eine natürl. Verbindl. des Principals, aber keine Klage wider diesen Statt fand, 128.
Zwangspflichte, 39. 40.
natürliche, haben in foro ciuili alle gerichtliche Wirkung, welche ihnen nicht ausdrücklich genommen ist, 59.

II.

Verzeichniß der erklärten Gesetzstellen.

Ex iure ciuili Romano.

Ex Institutionibus.

§. 11. de rerum diuis., 55. n. 7.
§. 40. eod., ibid.
§. 2. de usufr., 25. n. 1.
pr. de usucapion., 55. n. 7.
§. 4. de donat., 55. n. 7.
§. ult. de test. mil., 25. n. 1.
Pr. de obligationibus, 1. 45. n. 1.
§. ult. de obligat., 6.
§. 1. quid. mod. re contrah. oblig., 71. n. 16.
§. 3. de lege Aquilia, 10.
§. 7. de lege Aquilia, 13 — 18.
§. 1. de obl. quae qu. ex del., 10. 19. 20.
§. 3. eod., 10.
§. 7. de action., 25. n. 1.

Ex Pandectis.

L. 6. de iustit. et iure, 58.
— 24. de his, qui sui vel alieni iuris sunt, 46.
— 16. de negot. gest., 25. n. 2.
— 7. de in integr. restit., 101.
— 13. pr. de minoribus, 113.
— 16. §. 4. eod. 55. n. 7.
— 15. §. 1. de iudiciis, 12.
— 20. eod., 25. n. 2.
— 20. §. 1. de seruit. praedior. rusticor., 55. n. 7.
— 10. Si seruit. vind., 25. n. 1.
— 5. §. 1. ad L. Aquil., 10.
— 5. §. 2. eod., 71. n. 21.
— 33. §. 1. eod., ebendaſ.
— 1. Si mensor falsum modum dixerit, 12.
— 4. de religios. et sumt. fun., 55. n. 7.
— 28. de condict. indeb., 94.

L. 29. de condict. indeb., 77.
— 30. eod., 97.
— 51. eod., ebendas.
— 60. eod., 94.
— 5. D. de condict. sine causa, 79.
— 5 §. 9. de constituta pecunia, 89. a.
— 9. pr. de SC. Maced., 107.
— 9. §. 3. eod., ebend. und 113. 115.
— 41. de peculio, 45. et n. 3.
— 49. §. 2. eod., 45. n. 3.
— 16. §. 1. ad SC. Velleian., 113. n. 7.
— 29. §. 4. mandati, 46.
— 1. §. 3. de peric. et comm. rei vend., 100.
— 13. §. 8. de act. emt. et vend., 25. n. 1.
— 22. §. 3. locati, 55. n. 7.
— 2. 3. 4. 11. 14. §. 3. de praescr. verb., 46.
— 2. Quae. res pignori, 107.
— 14. §. 2. de ritu nuptiar., 55. n. 7.
— 73. §. 1. de iure dotium, 102. n. 7.
— 32. §. 27. de donat. int. V. et V., 25. n. 1.
— 12. de administr. tutor., 100.
— 13. §. 7. de excusat. tutor., 46.
— 26 de operis libert., 17. not. 48.
— 4. §. 2. de grad. et affin., 55. n. 7.
— 1. §. 1. et 10. de aqua et aquae pluu., 55. n. 7.
— 2. §. 5. eod., 101.
— 15. de donat., 25. n. 2.
— 52. de re iud., 25. n. 2.
— 1. de O. et A., 6. 21.
— 1. 4. 5. de O. et A., 22.
— 10. eod., 51. n. 2. 3.
— 46. eod., 71.
— 52. eod., 6. 28.
— 6. de Verbor. obligat., 113.
— 16. de fideiussor., 113.
— 16. §. 4. de fideiussor, 45. et n. 3., 51. n. 2. 3.
— 25. eod., 113.
— 37. eod., 92.
— 46. eod., 113.
— 49. de solution., 55. n. 7.
— 95. §. 3. eod., 128.
— 101. eod., 107.

L. 8. § 1. rem ratam haberi, 94.
— ult. de accusat., 25. n. 2.
— 3. de extraord. cognit., 64. et n. 11.
— 6. de extraord. cognit., 12. et not. 5.
— 10. de verbor. signific., 45. et n. 3.
— 23. de reg. iur., 25. n. 2.
— 84. eod., 53. n. 1.
— 183. eod., 101.

Ex Codice.

L. 11. de usuris, 107.
— 9. de praed. et al. reb. minor., 113. et n. 6.
— un. etiam ob chirograph. pecun., 108.
— 2. de luit. pign., 104.
— 3. de donat. quae sub modo, 89. a.

Ex Novellis.

Nou. 89. cap. 12. § 6., 102. n. 7.
— 162. cap. 1., 89. a. n. 18.

Ex iure Canonico.

Ex Decretalibus.

Cap. 28. de iureiurando, 120.
— 7. de pignorib., 122. n. 3.
— 29. de sponsal., 84.

Ex Libro 6. Decretalium.

Cap. 2. de pactis, 120.

Ex iure Meclenburgico.

§. 380. des Landes Grundgesetzl. Erbvergleichs, 64.

Verzeichniß einiger Verlags-Bücher der Bödnerschen Buchhandlung zu Schwerin und Wismar, die in allen Buchhandlungen zu haben sind.

Dr. Ad. Dietr. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom Gebrauch des römischen Rechts, 8, 782, 4 Gr.

ejusdem, Commentatio de usuris indebiti solutis earumque tam repetitione quam insortem imputatione, 8, 783, 5 Gr.

Dessen, Beiträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrecht, 8, 783, 7 Gr.

Dessen, Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, 2te verbesserte Ausgabe, 1stes Stück, gr8, 795, 5 Gr.

Dessen, Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, 3te verbesserte und vermehrte Ausgabe, gr8, 1800.

Die Zusätze und Verbesserungen aus demselben besonders, für die Besitzer der vorigen Ausgabe, gr8, 1800.

Derselbe, über die Prozeßkosten, deren Vergütung, und Compensation, 4te Auflage, 8, 798, 8 Gr.

Derselbe, über Injurien und Schmähschriften, 1ste und 2te Abtheilung, 2te Auflage, gr8, 797, 798, 1 Rthl. 6 Gr.

Desselben 3te und letzte Abtheilung, gr8, 1800.

Mecklenburg, in Hinsicht auf Kultur, Kunst und Geschmack von J. C. F. Wundemann, Prediger zu Wahlendorf, 1ster Band, 8, 1800.

Legationsrath von Ferber, Grundzüge zur Werthschätzung der Landgüter in Mecklenburg, gr8, 797. 1 Rthl.

Eob. Toze, Einleitung in die allgemeine und besondere Europäische Staatskunde, Vierte Auflage, neu bearbeitet von Valent. Aug. Heinze, 1ster und 2ter Band, gr8, 1791. 99, 2 Rthl. 20 Gr.

Fr. Aug. Rudloff, pragmatisches Handbuch der mecklenburgischen Geschichte, 1ster Theil, 2ten Theils 1ste bis 4te Abtheilung und 3ten Theils 1ster Band, gr8, 785 — 795, 4 Rthl. 14 Gr.

C. C. A. H. von Kamptz, Beiträge zum Mecklenburgischen Staats- und Privatrecht, 2 Bände, 8, 795, 796. 1 Rthl. 10 Gr.

Ueber die Erbkontrakte der Prediger, 2 Theile, 8, 797. 98. 1 Rthl. 4 Gr.

C. Chr. A. Behrens Mecklenburgische Landbaukunst, oder Sammlung von Originalzeichnungen, wornach gebauet wird, mit Bauanschlägen, und 35 Kupfertafeln, gr4t. 796, 3 Rthl. 12 Gr.

Joh. Chr. Kirchhofs Abhandlung von den Advocaten und ihren Pflichten in peinlichen Fällen, nebst Schutzreden über die wichtigsten Vorfälle, 4 Theile, 8, 770, 3 Rthl. 6 Gr.

Zur Mich. Messe dieses Jahrs wird in unserm Verlage noch herauskommen.

Legationsrath von Ferber, über Landwirthschaftliche Kontrakte und deren Cautelen, in ökonomischer Rücksicht, 1ster Band, von Landwirthschaftlichen Kauf-Contrakten, gr8.

Dessen 2ter Band, welcher die Landwirthschaftlichen Pacht-Contrakte enthalten wird, erscheint zur Oster-Messe 1801.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google